Die
Konkurrenz des Vertragsanspruches mit dem Deliktsanspruche
nach deutschem bürgerlichen Recht.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde in der Jurisprudenz,

welche

mit Genehmigung der hohen juristischen Fakultät

der

vereinigten Friedrichs-Universität Halle-Wittenberg

nebst den beigefügten Thesen

am 26. Februar 1909, mittags 12 Uhr

öffentlich vortragen wird

Max Bindseil,

Referendar

aus Halle a. S.

ACAD. LIBRAT. BIBL.

Opponenten:

Herr Referendar Hermann Hirsch.

Herr Referendar Hermann Nebert.

Halle a. S.

Heynemann'sche Buchdruckerei (Gebr. Wolff).

1909.

Meinen lieben Eltern.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41544709_0147

Einteilung der Arbeit.

Seite

§ 1. Begriffsbestimmungen und allgemeine Übersicht über die Anlage der Arbeit und kurze Zusammenstellung der wichtigsten bisher vertretenen Ansichten und ihrer unterscheidenden Merkmale 7

Erster Hauptteil.

Feststellung der Fälle, in denen eine Konkurrenz des Vertrags- mit dem Deliktsanspruch in Frage kommt — auf negativem Wege —.

§ 2. a) Es ist nur der Tatbestand der Vertragsverletzung erfüllt 16

b) Es ist — wenigstens scheinbar — auch der Tatbestand des Delikts erfüllt. Kann der bestehende Vertrag einen Einfluß auf einzelne Tatbestandsmerkmale des Delikts ausüben:

§ 3. 1. Auf die Widerrechtlichkeit im Deliktssinne? 25

§ 4. 2. Auf das zur Haftbarkeit des Schädigers erforderliche Maß des Verschuldens? 42

Zweiter Hauptteil.

Welche Konkurrenz hat statt in den Fällen, wo beide Tatbestände erfüllt sind — Ansprüchekonkurrenz oder Gesetzeskonkurrenz —?

§ 5. a) Feststellung der Art der Konkurrenz 54

§ 6. b) Erleidet das in § 5 gewonnene Resultat eine Änderung, wenn zugleich noch ein dritter Tatbestand, der der §§ 985 ff., erfüllt ist? 73

Dritter Hauptteil.

§ 7. Prüfung unseres Ergebnisses an praktischen Beispielen und Erörterung über prozessuale Geltendmachung der Ansprüche 78

§ 1.

Die Lehre von der Konkurrenz der Actiones war im römischen Rechte eine der bestrittensten. Der Grund der Unklarheiten auf diesem Gebiete war die oft wenig deutliche Ausdrucksweise der Quellen. Mit den noch aus dem ältesten Recht übernommenen Unterscheidungen zwischen objektiver und subjektiver Konkurrenz und ihren verschiedenartigsten Untergruppen — elektive, kumulative, alternative und sukzessive Konkurrenz — räumte erst Savigny auf.[1]) Die Sichtungsarbeiten setzten nach ihm die neueren Schriftsteller fort, so vor allem Windscheid[2]), der als erster die Bezeichnung Klagenkonkurrenz mit Anspruchskonkurrenz vertauschte[3]), ferner Martens, Eisele usw. Zwar blieben

[1]) a. a. O., § 231—236.

[2]) Die Actio, § 6.

[3]) Die Actio, S. 32. Gerade die Bezeichnung Klagenkonkurrenz war eine Reminiszenz an das älteste römische Recht, wo actio das mit der Klagbarkeit umkleidete Recht bedeutete. Denn wegen des fast uneingeschränkten Einflusses, den der Prätor durch Erteilung der Formula nicht nur auf den Prozeß, sondern auch auf das materielle Recht ausübte, kam es für den Römer wenig darauf an, ob er einen im materiellen Recht begründeten Anspruch hatte, als vielmehr darauf, daß der Prätor diesem Anspruche durch Erteilung der Formula die Möglichkeit der prozessualen Durchführung und damit Realisierbarkeit verlieh. Der Actionenprozeß verschwand, aber die Auffassung von der Actio erhielt sich und verursachte manche Unklarheit. Deshalb ist es ein großes Verdienst Windscheids, daß er dem der neuen Rechtsanschauung allein entsprechenden Begriffe der Actio, welcher wohl schon vor ihm richtig empfunden, aber noch nicht scharf ausgesprochen war, durch seine präzise Bezeichnung als „rechtlich anerkannter Anspruch“ allgemeine Anerkennung verschaffte. Das Wesen dieser Entwickelung des Actionenbegriffes stellt Wrzeszinski (S. 5) treffend mit den Worten dar: „An die Stelle der Auffassung, ich habe ein Recht, weil ich eine Klage habe, ist jetzt der Grundsatz getreten, ich habe eine Klage, weil ich ein Recht habe.“

trotzdem noch Uneinigkeiten über manche Fälle bestehen, ob sie zum Gebiete der Ansprüchekonkurrenz gehörten, vor allem darüber, ob Identität der Personen zum Begriffe der Konkurrenz erforderlich sei.[1]) Doch wird man sich den schlagenden Gründen Eiseles[2]) und Wrzeszinskis[3]) nicht entziehen können, und Identität der Personen zum Begriffe der Ansprüchekonkurrenz fordern. Ziehen wir aus den Ausführungen der oben genannten Schriftsteller die Folgerung, so finden wir den Begriff der Ansprüchekonkurrenz umgrenzt als

> das Zusammentreffen mehrerer auf ein und denselben juristischen Zweck[4]) gerichteter Ansprüche, welche demselben Berechtigten gegenüber demselben Verpflichteten zustehen.[5])

Eine solche Ansprüchekonkurrenz kann nun durch mehrere äußere Vorgänge[6]) entstehen, oder es kann auch derselbe äußere Vorgang — und dieser Fall interessiert uns bei der folgenden Erörterung allein — sich unter mehrere Gesetzesbestimmungen subsumieren lassen und die diesen immanenten Ansprüche zur Entstehung bringen. Umgekehrt darf man aber nicht etwa aus dem Umstande, daß mehrere dasselbe rechtliche Interesse verfolgende Gesetzesbestimmungen

[1]) Für uns kommt diese Streitfrage nicht in Betracht, da wir bei unserer Abhandlung nur davon zu sprechen haben, wieviel Ansprüche der Vertragsgläubiger gegen seinen Schuldner hat, wenn der Schuldner eine Vertragsverletzung begeht, die sich zugleich als Delikt darstellt. Wir behandeln also nur den Fall, daß zwischen denselben Personen mehrere dasselbe rechtliche Interesse schützende Gesetzesvorschriften Platz greifen. Und dieser Fall gehört unbestritten in das Gebiet der Ansprüchekonkurrenz, mag man sich in obiger Frage entscheiden, wie man will.

[2]) a. a. O., S. 331.

[3]) (S. 1) a. a. O., S. 9.

[4]) Last, a. a. O., S. 9 und 27.

[5]) Diese Begriffsbestimmung behält ihren Wert auch für das Recht des B.G.B., da dieses selbstverständlich keine Begriffsbestimmung gibt und als Gesetzbuch auch nicht geben kann. Vergl. Litten, Römisches Recht und Pandektenrecht, S. 21.

[6]) Z. B.: Jemand empfängt Geld als Darlehn und stellt später über dieselbe Schuld einen Wechsel aus.

betroffen werden, ohne weiteres auf das Vorliegen einer Ansprüchekonkurrenz schließen. Vielmehr ist es ein nicht seltener Fall, daß die mehreren gesetzlichen Vorschriften im Verhältnis von lex generalis und lex specialis stehen und daß nach dem Satz lex specialis derogat legi generali nur ein einziger Anspruch resultiert. Man könnte diesen Fall im Anschluß an die Strafrechtswissenschaft mit Hellwig[1]) Gesetzeskonkurrenz nennen.

Gerade mit diesem Fall wird oft ein anderer verwechselt. Es ist nämlich möglich, daß der Eintritt der durch die eine Gesetzesbestimmung gegebenen Folgen einen Einfluß auf die anderen betroffenen Gesetzesbestimmungen in der Art ausübt, daß Voraussetzungen zur Entstehung der anderen Ansprüche beseitigt werden. Auch hier kommt nur ein einziger Anspruch zur Entstehung.

Sind so auch die praktischen Folgen in beiden Fällen die gleichen, so besteht doch ein großer theoretischer Unterschied zwischen beiden. Im ersten Falle sind die Voraussetzungen zur Entstehung der mehreren Ansprüche gegeben, demnach entstehen auch alle, jedoch werden die einen durch das Eingreifen des anderen in ihren Wirkungen gehemmt, sie sinken zu „virtuellen“[2]) Ansprüchen herab. Im zweiten Falle dagegen kommt von vornherein nur ein Anspruch zur Entstehung, da Voraussetzungen — Tatbestandsmerkmale — zum Existentwerden der anderen fehlen. Aber wohl gerade die Gleichheit der praktischen Folgen beider Fälle hat es mit sich gebracht, daß in der Literatur keine scharfe Scheidung vorgenommen wurde. Eine solche Scheidung ist aber durchaus notwendig, um Klarheit in das bestrittene Gebiet der Ansprüchekonkurrenz zu bringen, weil durch das Zusammenwürfeln mehrerer theoretisch ganz verschiedener Fälle die Grundlagen jeder Erörterung schwankend werden.[3])

Kehren wir nun zum Ausgangspunkt unserer Betrach-

---

[1]) Anspruch und Klagr., S. 98, Anm. 2.
[2]) Langheineken, a. a. O., S. 140.
[3]) Prym, a. a. O., S. 16.
Endemann, a. a. O., § 200, Nr. 9.

tung zurück und fragen, wann liegt eine Konkurrenz mehrerer Ansprüche in dem oben dargestellten Sinne vor, so finden wir als Antwort: dann, wenn

1. tatsächlich alle Voraussetzungen für die Entstehung der mehreren Ansprüche gegeben sind, und

2. die mehreren Gesetzesbestimmungen nicht im Verhältnis von lex specialis zu lex generalis stehen.

Unsere nachfolgende Erörterung soll sich nun damit befassen, festzustellen, ob der Anspruch aus Vertrag und der aus Delikt nebeneinander stehen können, und bejahendenfalls das Verhältnis zu bestimmen, in welchem diese beiden Ansprüche zueinander stehen, wenn derselbe historische Vorgang sich zugleich als Vertragsverletzung und als Delikt darstellt, und Berechtigter und Verpflichteter aus beiden Schuldverhältnissen dieselben sind.

Nach unseren obigen Erwägungen ergibt sich die Anordnung des Stoffes von selbst. Im ersten Teil ist zu prüfen, ob die Voraussetzungen zur Entstehung beider Ansprüche gegeben sind, oder ob ein bestehendes Vertragsverhältnis imstande ist, Tatbestandsmerkmale des Delikts zu beseitigen oder wenigstens zu beeinflussen. Erst wenn wir als Ergebnis dieser Erörterung finden, daß die Voraussetzungen zur Entstehung beider Ansprüche bestehen, können wir im zweiten Teil zur Beantwortung der Frage schreiten, ob einer der beiden Ansprüche zu einem virtuellen wird, weil die ihm zugrunde liegende Gesetzesbestimmung sich als lex generalis zu der den anderen Anspruch begründenden darstellt, oder ob beide Ansprüche als reelle nebeneinander bestehen. Kommen wir zum letzteren Resultat, so kann sich eine kurze Erörterung darüber anschließen, ob und wie sich die beiden Ansprüche realisieren lassen.

Bevor wir jedoch zur Erledigung unserer eigentlichen Aufgabe schreiten, erscheint es uns angebracht, eine kurze Zusammenstellung der wichtigsten bisher vertretenen Ansichten und ihrer unterscheidenden Merkmale zu geben.

Da unsere Aufgabe sich nur mit der Konkurrenz des Vertragsanspruches mit dem Deliktsanspruch nach jetzt

geltendem Rechte befassen will, so bedarf es keiner eingehenden Besprechung der im römischen und gemeinen Rechte vertretenen Ansichten. Es sei der Vollständigkeit halber nur eine Reihe prägnanter Quellenstellen angeführt, so ad legem Aquiliam (D. 9, 2) L. 7 § 8; L. 18 — L. 27 §§ 11 und 34. Ferner:

L. 30 § 2 und L. 43 D. locati (19, 2), L. 47 § 1 D. pro socio (17, 2), L. 18 § 1 D. commodati (13, 6).

Diese Stellen sprechen sich sämtlich für eine Konkurrenz der actio ex contractu mit der ex delicto aus.

Im gemeinen Rechte beschränkten ältere Schriftsteller das Anwendungsgebiet der lex Aquilia auf außerkontraktliche Verhältnisse. Später jedoch wurde die Konkurrenzmöglichkeit der Vertrags- mit der Deliktsklage allgemein zugegeben, z. B. Windscheid[1]), Savigny[2]), Eisele[3]), Vangerow[4]), Pernice[5]), Wächter[6]).

Im jetzigen Recht lassen sich zwei Hauptgruppen von Ansichten aufstellen. Die erste Ansicht läßt nur einen einzigen Anspruch wirksam werden, während die zweite Gruppe grundsätzlich den Standpunkt der Konkurrenz der Ansprüche vertritt. Innerhalb der beiden Gruppen bestehen aber wieder die größten Verschiedenheiten hinsichtlich der Begründung der Ansichten, in der zweiten Gruppe auch hinsichtlich der Umgrenzung der Fälle, in denen eine Konkurrenz stattfinden soll.

Sämtliche Vertreter der ersten Gruppe, z. B. Litten[7]), Hellwig[8]), Titze[9]), Siber[10]), stellen den Satz auf, daß die Deliktsvorschriften leges generales zu den leges speciales

---

[1]) Actio, S. 31 (§ 6).
[2]) a. a. O., S. 226.
[3]) a. a. O., S. 327 ff.
[4]) a. a. O., § 681, Anm. 3.
[5]) a. a. O., S. 78 (VII.).
[6]) Pandekten, § 96, Beilage I A. V. (S. 495).
[7]) D. J. Z., 1905, S. 341.
[8]) Anspr. u. Klage, S. 90, Anm. 2. Ziv. Proz. R. S. 266 ff.
[9]) a. a. O., S. 453.
[10]) Passiv leg., S. 229, 230.

der Vertragsvorschriften seien. Infolgedessen träte, auch wenn ein historischer Vorgang sämtliche Tatbestandsmerkmale des Delikts und der Vertragsverletzung aufwiese, dennoch nur der Anspruch aus Vertrag in Wirksamkeit, es läge mit anderen Worten Gesetzeskonkurrenz vor. Die Ansichten der Vertreter dieser Gruppe gehen aber in der Bestimmung dessen auseinander, was als Vertragsverletzung anzusehen sei und bis zu welchem Punkte die lex generalis ausgeschlossen werde. Titze gibt eine ausführliche Darlegung seines Standpunktes. Er legt dem Begriffe der „Vertragsverletzung“ eine technische Bedeutung bei. Vertragsverletzung ist nach ihm diejenige Schadenszufügung, welche mit dem Inhalte und dem Zwecke der Obligation in einem allgemeinen normalen — fast — adäquaten Kausalzusammenhange steht. Liegt eine solche „Vertragsverletzung“ nicht vor, dann tritt die lex generalis allein in Kraft.[1])

Hellwig schließt die Deliktsvorschriften hinsichtlich aller Ereignisse aus, die in das durch Vertragsrecht geregelte Gebiet fallen.[2])

Den Übergang zur zweiten Gruppe, zwar nicht hinsichtlich der Begründung, so doch hinsichtlich der Folgerungen, bildet Cosack. Nach ihm kann der Anspruch aus Vertragsverletzung mit dem aus § 823, 1 niemals konkurrieren, weil der Vertrag stets die Rechtswidrigkeit, ein Tatbestandsmerkmal des § 823, 1, beseitige. Wohl aber gibt Cosack die Konkurrenzmöglichkeit des Vertragsanspruches mit dem Anspruche aus § 823, 2 oder § 826 zu.[3])

Schon völlig zur zweiten Gruppe gehören Fischer[4]) und das Kammergericht[5]), wenngleich sie ihrer Entscheidung auch den Namen Gesetzeskonkurrenz beilegen. Sie lassen nämlich die Rechtsfolgen der Vertragsverletzung und des Delikts unbeschränkt eintreten, verschmelzen sie aber in der

---

[1]) a. a. O., S. 453 ff.
[2]) D. J. Z., 1906, S. 1291.
[3]) a. a. O., S. 597 ff.
[4]) a. a. O., § 13.
[5]) O. L. G. 13, Nr. 16 (S. 253).

Art miteinander, daß sie zwar nur einen einzigen Anspruch ergeben, den aber als eine Zusammensetzung aus Vertrags- und Deliktsbestimmungen.

Die übrigen Vertreter der zweiten Gruppe entscheiden sich sämtlich für das Vorliegen einer Ansprüchekonkurrenz. Beide Ansprüche sollen nebeneinander durchführbar sein. Der Durchführbarkeit der beiden Ansprüche nebeneinander ist als einziges Ziel die völlige Befriedigung des Geschädigten wegen des — ja nur einmal — erlittenen Schadens gesetzt. Treffend drückt dies Langheineken[1]) mit den Worten aus: „Nur ist der größere Anspruch dem Umfange nach, der kleinere Anspruch der Existenz nach durch die Realisierung des anderen Anspruchs resolutiv bedingt.“ Im einzelnen gehen aber ihre Ansichten erheblich auseinander, insbesondere hinsichtlich der Begrenzung der Fälle, in denen eine Konkurrenz vorliegen soll. Es wird nämlich den Vertragsvorschriften eine ganz verschiedenartige Einwirkungsmöglichkeit auf Tatbestandsmerkmale des Delikts zugesprochen.

Eine ganze Reihe von Schriftstellern, z. B. von Liszt, Krückmann, Engelmann, vertreten die Auffassung, daß der Vertrag eine Wirkung auf das Delikt ausüben müsse bezüglich des zur Haftung erforderlichen Grades von Verschulden, so zwar, daß in den Fällen, wo für den Umfang des Vertrages nach Gesetz oder Parteiabrede nur für einen höheren Verschuldungsgrad gehaftet wird, diese Haftungsbeschränkung auch für das gleichzeitig vorliegende Delikt Platz greife.

Die Begründung dieser Ansicht wird auf verschiedene Weise versucht. Liszt[2]), der doch sonst die Auffassung von der Gesetzeskonkurrenz des Vertrags- und des Deliktsanspruches aufs heftigste bekämpft, will in diesem Punkte die Vertragsvorschriften als leges speciales zu den leges generales der Deliktsvorschriften ansehen.

---

[1]) a. a. O., S. 141.
[2]) Del. Obl., S. 13, 14.

Krückmann[1]) und Engelmann[2]) behaupten, daß alle Rechtsverletzungen, welche mit einem geringeren als dem kraft Vertrages zur Haftung erforderlichen Verschuldensgrade vorgenommen seien, nicht rechtswidrig wären. Somit entfiele auch für das Delikt ein Tatbestandsmerkmal, nämlich die Rechtswidrigkeit.

Zu einem ganz eigenartigen Ergebnis kommt Prym[3]) auf Grund seiner Ausführungen. Er verwirft zwar die Ansicht, daß eine kraft Gesetzes oder kraft Parteiabrede für den Vertrag festgesetzte Haftungsbeschränkung auch auf das gleichzeitig vorliegende Delikt ihre Wirkung ausüben könne. Auf einem Umwege kommt er aber — wenigstens bei einer deliktischen Verletzung des Eigentums des einen Vertragsgegners seitens des anderen — in vielen Fällen zu einem ähnlichen Resultate. Bei allen Verträgen nämlich, welche den Besitz einer fremden Sache durch den Schuldner voraussetzen, z. B. bei Miete, Pacht, Leihe etc., räumt Prym den in §§ 985ff. B.G.B. normierten Ansprüchen des Eigentümers gegen den Besitzer eine Wirkung neben dem Vertragsanspruche ein.

Unbestrittenerweise schließen die Legalansprüche aus §§ 985 ff. die Geltendmachung von Deliktsansprüchen aus.[4]) Nach Prym bezieht sich diese Ausschließung aber lediglich auf die aus § 823, 1 hergeleiteten Deliktsansprüche. Sehr wohl sollen dagegen der Anspruch aus § 823, 2 und der aus § 826 neben die Ansprüche aus § 985ff. treten können. Als Schutzgesetz für die Verletzung des Eigentums kommt nun § 303 St.G.B. in Betracht. Dieser verlangt vorsätzliche Sachbeschädigung. Es haftet nach Prym also der Vertragsteil, welcher die vertragsmäßig in seinem Besitz befindliche Sache des Vertragsgegners deliktisch zerstört oder beschädigt, nur dann nach Deliktsgrundsätzen, wenn er vor-

[1]) a. a. O., S. 444ff.

[2]) In Staudinger II, 2, Vorbem. zu § 823, IIIb, S. 851.

[3]) a. a. O.

[4]) Es sei denn, daß der Tatbestand des § 992 vorliegt. Diese Ausnahme interessiert aber in obigem Zusammenhange nicht.

sätzlich die Sache zerstört oder beschädigt. Und zwar gilt dieses Ergebnis für alle Fälle, nicht nur dann, wenn für den Vertrag zur Haftung ein höherer Verschuldensgrad gefordert wird.

Alle übrigen Verfechter der Ansprüchekonkurrenz vertreten den Standpunkt, daß der Vertrag nur auf das Tatbestandsmerkmal der Rechtswidrigkeit des Delikts Einfluß ausüben könne, so daß um des Vertrages willen eine Einwirkung auf fremde Rechtsgüter nicht rechtswidrig erscheint, welche ohne den Vertrag zweifellos rechtswidrig wäre. Erhebliche Unterschiede finden sich aber zwischen den einzelnen Ansichten bei Festlegung der Grenzen, innerhalb deren der Vertrag die oben beschriebene Wirkung ausüben soll, oder anders ausgedrückt, bei Bestimmung der Fälle, in denen lediglich der Tatbestand der Vertragsverletzung erfüllt ist.

Am weitesten geht in diesem Punkte Cosack. Er läßt durch das Vorliegen eines Vertrages die nach § 823, 1 erforderliche Rechtswidrigkeit des Eingriffs in die fremde Rechtssphäre stets enthalten[1]), so daß Vertragsanspruch und Anspruch aus § 823, 1 nie konkurrieren können. Wohl aber soll eine Pflichtwidrigkeit den Anspruch aus § 823, 2 neben dem aus Vertrag begründen können.

Alle anderen Vertreter der Ansprüchekonkurrenz räumen dem Vertrage nur eine beschränkte Einwirkungsmöglichkeit auf die deliktische Rechtswidrigkeit ein, freilich meistens, ohne ein generelles Kriterium aufzustellen, welches die Grenze der Einwirkungsmöglichkeit jeweils anzeigen soll. Sie entscheiden vielmehr von Fall zu Fall, ob die schädigende Einwirkung sich als eine Verletzung lediglich von Vertragspflichten darstellt, oder ob sie den Rahmen des Vertrages überschreitet.[2])

Einen generellen Maßstab zur Bestimmung der Grenzen der Einwirkungsmöglichkeit des Vertrages auf die deliktische

[1]) Vgl. oben S. 12.

[2]) Z. B. Endemann, a. a. O., S. 1257—1259.

Rechtswidrigkeit stellen wohl nur Prym[1]) und v. Blume[2]) auf.

Prym sieht das gesuchte Kriterium in der „Einwilligung des Verletzten in den Erfolg", so daß stets dann die deliktische Rechtswidrigkeit entfällt, wenn in dem Vertrage die Einwilligung des Verletzten in die Schädigung zu finden ist.

v. Blumes Maßstab ist viel objektiver. Er findet den gesuchten Maßstab in der Antwort auf die Frage: Entsprach das schädigende Verhalten dem Zwecke des Vertrages oder nicht. Solange das Verhalten vertragszweckentsprechend war, soll bei eintretendem Schaden höchstens eine Vertragsverletzung vorliegen. In einem Punkte führt v. Blume aber doch wieder ein subjektives Moment in den objektiven Maßstab ein, nämlich insoweit, als er die Bestimmung, ob ein Verhalten vertragszweckentsprechend war, dem Ermessen des Schädigers anheimstellt.

Diese kurze Zusammenstellung möge an dieser Stelle genügen. Aufgabe der folgenden Erörterungen soll es sein, die einzelnen Ansichten einer eingehenden Kritik zu unterziehen.

Erster Hauptteil.

§ 2.

Unterstellen wir den Fall, daß ein historischer Vorgang den Tatbestand einer Vertragsverletzung erfüllt. Stellt sich diese Vertragsverletzung notwendigerweise auch als Delikt dar? Der § 823, 1 besagt:

> „Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt . . . . . ."

[1]) a. a. O., S. 26—30.
[2]) a. a. O., S. 483—484.

Rechtfertigt sich nicht durch den allgemeinen Ausdruck „ein sonstiges Recht“ die Annahme, daß auch jede Vertragsverletzung ein Delikt darstellt, da ja auch diese die Verletzung eines Rechts enthält? In der Tat wird diese Ansicht in der Literatur vertreten.[1]) Jedoch wird diese Meinung mit Recht bekämpft. Argumente gegen eine so weite Auslegung des § 823, 1 gibt uns schon die Entstehungsgeschichte des B.G.B. Mit aller wünschenswerten Deutlichkeit sagen die Motive Bd. III, S. 392: „Dabei geht der Entwurf davon aus, daß nur absolute Rechte durch Delikt verletzbar und daß die Nichterfüllung seitens des Schuldners gegenüber dem Gläubiger kein Delikt ist.“ An anderer Stelle[2]) finden wir, wenn auch nicht so deutlich, dieselbe Ansicht von den Motiven vertreten. Bei Besprechung nämlich des § 704, 2 des ersten Entwurfes, welcher inhaltlich ungefähr dem § 823, 1 entspricht, wird ausgeführt, daß zweifellos die Verletzung des einem andern zustehenden absoluten Rechtes widerrechtlich sei. Obligatorische Rechte werden in diesem Zusammenhange nicht erwähnt. Aus diesem stillschweigenden Übergehen kann man entweder schließen, daß obligatorische Rechte so zweifellos unter § 704, 2 fallen sollten, daß es keiner Erwähnung bedurfte, oder aber, daß es zweifelhaft sei, ob ihre Verletzung durch § 704, 2 gedeckt würde. Daß die erste Folgerung nicht richtig sein kann, ergeben die ganzen Verhandlungen in dieser Frage, wo des öfteren Zweifel darüber auftauchten, ob die Verletzung obligatorischer Rechte nicht auch unter die Bestimmung des § 704, 2 subsumiert werden können. So wird auch in den Protokollen, Bd. II, S. 572, dieser Ansicht energisch entgegengetreten. Demnach kann also nur die zweite oben gezogene Folgerung noch in Frage kommen. Die Zweifel aber, die über unsere Frage bestanden, können im Hinblick auf die oben zuerst angezogene klare Äußerung der Motive nur dahin entschieden werden,

[1]) Z. B. Crome, a. a. O., II, § 325, Note 5, 13, 32.
[2]) Motive, Bd. II, S. 725 ff.

daß die Verletzung obligatorischer Rechte seitens des Schuldners nicht unter § 704, 2 falle[1]).

Aber die Entstehungsgeschichte eines Gesetzes gibt nur den Willen des Gesetzgebers, nicht den des Gesetzes an. Deshalb kann ein daraus entnommenes Argument nicht von durchschlagender Beweiskraft sein. Höchstens ist bei einer mehrdeutigen Ausdrucksweise des Gesetzes die Vermutung begründet, daß der Wille des Gesetzgebers auch Wille des Gesetzes geworden sei. Daher rechtfertigt sich der Versuch, aus dem Gesetze selbst Gründe herzuleiten, die der bekämpften Ansicht widersprechen.

Es erscheint uns nun schon aus sprachlichen Gründen bedenklich, die obligatorischen Rechte unter den Begriff des „sonstigen Rechts“ in § 823, 1 einzubeziehen. Nach der herrschenden Ansicht nämlich sind Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit keine Rechte, sondern Objekte von Rechten. Daß dies auch die Ansicht wenigstens des Gesetzgebers war, finden wir in den Motiven, Bd. II, S. 727, ausgedrückt. Mit logischen Gründen vertritt diese Ansicht Isay[2]). Er führt aus: Leben, Gesundheit etc. sind Gegenstand von Rechten, denn wir haben ein Recht auf Leben, auf Gesundheit. Fassen wir nun diese Rechtsobjekte selbst wieder als Rechte auf, so stellt sich das Recht auf Leben, auf Gesundheit etc. als ein Recht auf ein Recht dar, welches dem schon bestehenden Rechte (dem Leben, der Gesundheit) nichts neues hinzufügte, also wertlos wäre.[3]) Wenn wir

[1]) Peters, a. a. O., S. 57.

[2]) a. a. O., S. 371 ff.

[3]) Eltzbacher, a. a. O., S. 281. Nach ihm sind Leben, Gesundheit etc. auch keine Rechte, sondern nur Angriffspunkte eines und desselben Rechtes, nämlich des Persönlichkeitsrechtes. Dieses definiert er dann (S. 304) als „das Ausschließungsrecht, das uns den Genuß unserer selbst und dessen, was mit uns untrennbar verbunden ist, also unsere persönlichen Güter, gewährleistet“. Da unter das Persönlichkeitsrecht nach ihm auch die Ehre, der Kredit usw. fällt und demnach die Aufzählung im § 823 nur beispielsmäßig aufgefaßt werden kann, so ist nicht ersichtlich, warum in den §§ 824, 825 dieser persönlichen Güter noch besonders Erwähnung getan ist. Seine Ausführungen auf S. 315

demnach folgern müssen, daß Leben, Gesundheit etc. nur Rechtsobjekte sind, so kann sich der Ausdruck sonstiges Recht des § 823, 1 nur an das Wort Eigentum anschließen. Demzufolge ist der Schluß gerechtfertigt, daß mit sonstigen Rechten nur solche von der Art des Eigentums gemeint seien, also vor allem die dinglichen und ferner die absoluten Rechte. Jedoch wird die Zulässigkeit dieser Folgerung bestritten, vor allem von Crome[1]). Nach ihm ist das Wort Eigentum lediglich aus dem Grunde eingeschoben, um keine Entscheidung in der Frage nach der Rechtsnatur der vorhergenannten Lebensgüter zu treffen. Einer solchen Auffassung stellt sich aber u. E. die Terminologie des B.G.B. entgegen, welche in den Fällen, wo relative und absolute Rechte in gleicher Weise von einer Bestimmung betroffen werden, stets von „Forderungen und anderen Rechten" spricht, z. B. im § 365, § 437 usw.[2]) Sollten nun die Forderungsrechte unter die Bestimmung des § 823, 1 fallen, so hätte das Gesetz wohl sicherlich die Fassung erhalten: das

können dieses Argument nicht widerlegen. Denn wenn auch das Persönlichkeitsrecht kein unbeschränktes Recht ist, sondern umgrenzt wird durch die es gewährleistenden Vorschriften, also namentlich durch die Strafgesetze, so genügt doch zur Feststellung, daß Kredit und Ehre Ausflüsse des Persönlichkeitsrechtes seien, der Umstand allein schon, daß das Strafrecht diese persönlichen Güter überhaupt schützt. Die Frage, weshalb das St.G.B. nur die vorsätzliche Kreditgefährdung und das Sittlichkeitsverbrechen unter öffentliche Strafe stellt, ist eine Frage der Rechtspolitik, welche ihre Beantwortung durch die Erwägung findet welchen subjektiven Tatbestand auf seiten des Verbrechers das Gesetz zur öffentlichen Bestrafung des Täters im Interesse der Allgemeinheit erfordern muß. Jedoch mit zivilrechtlicher Schadenersatzpflicht hat diese Frage nichts zu tun. Aus diesem Grunde würde u. E. die Verletzung des Kredits und der weiblichen Geschlechtsehre auch ohne die §§ 824, 825 allein aus § 823 zum Schadenersatz verpflichten, wenn die Eltzbachersche Auffassung von dem Wesen der in § 823 erwähnten Lebensgüter dem Gesetz zugrunde läge. Jedoch näher auf die Ausführung Eltzbachers einzugehen, erübrigt sich, weil für uns im Zusammenhange obiger Betrachtungen die Feststellung genügt, daß Leben, Gesundheit usw. keine Rechte sind.

[1]) a. a. O., § 325, Note 32, 5.

[2]) Vergl. Prym, a. a. O., S. 22.

Eigentum, die Forderung oder ein sonstiges Recht . . . . . Mit Recht macht Prym[1]) darauf aufmerksam, daß für unsere Auffassung vom „sonstigen Recht“ auch folgendes spricht: fragt man nämlich, wie sich der Gesetzgeber hätte ausdrücken müssen, um dem „sonstigen Recht“ die von uns vertretene Auslegung zweifelsfrei zu geben, so findet man, daß er gar keinen anderen Ausdruck zur Verfügung hatte. Denn die Fassung sonstiges dingliches Recht oder sonstiges Recht an einer Sache wäre zu eng gewesen, und die Bezeichnung „absolutes Recht“ ist im Gesetzbuch nirgends verwertet.

Aber auch aus dogmatischen Gründen erscheint uns die von uns vertretene Auslegung des „sonstigen Rechts“ als die richtige. Das B.G.B. ist durchdrungen von der schärfsten Trennung zwischen relativen und absoluten Rechten. Sollte es die so scharf gezogene Grenzlinie wieder verwischen wollen, indem es die Verletzung beider Rechtsarten grundsätzlich gleich behandelte? Mit treffenden Ausführungen stellt Eltzbacher[2]) den Unterschied dar zwischen Verletzung relativer und absoluter Rechte (Forderungs- und Ausschließungsrechte). Letztere bestehen gegenüber der Allgemeinheit und erzeugen gegen alle einen Anspruch auf Unterlassung jedweder Störung oder Beschädigung.[3]) Daher ist eine Übertretung dieser Unterlassungspflicht ein Bruch des Rechtsfriedens,[4]) weil keiner der Genossen davor sicher ist, daß nicht auch ihm gegenüber der Störer die Unterlassungspflicht verletzen wird. Da greift der Staat eben ein, indem er öffentliche Strafe und zivilrechtlich eine möglichst strenge Haftung dem Einbruch in die fremde Rechtssphäre folgen läßt. Ganz anders bei den Forderungs-

[1]) a. a. O., S. 22, Note 2.

[2]) a. a. O., S. 270 ff.

[3]) Daß ausnahmsweise gegen einzelne dieser Unterlassungsanspruch nicht besteht, z. B. gegen den Servitutberechtigten, ist eben eine Ausnahme und kann die anderen von der Pflicht des Unterlassens nicht entbinden.

[4]) Endemann, a. a. O., § 200, S. 1256.

rechten. Da liegt es ganz in der Hand des Einzelnen, sich vor Schaden zu schützen, indem er sich denjenigen auswählen kann, mit dem er kontrahiert. Nicht der allgemeine Rechtsfriede, d. h. das Bewußtsein der Rechtssicherheit, wird gestört, wenn der Vertragsschuldner seine Vertragspflichten nicht erfüllt. Aus diesem Grunde rechtfertigt sich die gänzlich verschiedene Gestaltung der Rechtsfolgen der Verletzung von absoluten und relativen Rechten,[1]) und es darf dem B.G.B. nicht unterstellt werden, daß es die Verletzung beider durch den Ausdruck „sonstiges Recht" grundsätzlich gleichgestellt habe.[2])

Wir glauben im vorstehenden dargetan zu haben, daß Forderungsrechte gar nicht unter den Ausdruck „sonstiges Recht" in § 823, 1 subsumiert werden dürfen. Es stellt sich daher die Verletzung eines Forderungsrechtes seitens des Schuldners niemals als unerlaubte Handlung dar.[3])

Liegt nun etwa in der Vertragsverletzung stets ein

[1]) Ähnlich Fischer, a. a. O, S. 84 ff.

[2]) Ob der Versuch Pryms, an dieser Stelle (S. 22, 23) aus dem Inhalt des Gesetzes heraus das „sonstige Recht" in unserem Sinne zu erklären, geglückt ist, scheint uns zweifelhaft. Wenn er ausführt: „Fällt das Forderungsrecht unter den Begriff des sonstigen Rechts in § 823, so muß auch seine Verletzung durch einen Dritten unter § 823 fallen und zum Schadenersatz verpflichten. Begrifflich ist nun aber das Forderungsrecht nur durch den Vertragsschuldner verletzbar § 241, folglich würde es zu einer dieses im Gesetz ausgesprochene Prinzip leugnenden Auslegung führen, wollte man den Dritten nach § 823 haften lassen." — so widerlegt er damit doch nur seinen eigenen fingierten Fall und beweist bloß, daß Forderungsrechte nicht der Allgemeinheit gegenüber gelten. Sollte seine Beweisführung schlüssig sein, so müßte er fortfahren: § 823 schützt nur Rechte, die der Allgemeinheit gegenüber gelten. Da das Forderungsrecht ein solches nicht ist, fällt es nicht unter § 823. Man ersieht, daß Prym versäumt hat, für das Bestehen des Obersatzes den Beweis zu erbringen.

[3]) Mit diesem Ergebnis stimmt die gesamte Wissenschaft überein. Denn auch diejenigen, welche unter das sonstige Recht des § 823, 1 die obligatorischen Rechte fassen, lassen aus anderen Gründen die Deliktshaftung bei reiner Vertragsverletzung ausgeschlossen sein. von Liszt a. a. O. S. 10 steht zwar de lege ferenda auf anderem Standpunkt, de lege lata aber gibt er obiges Ergebnis vollkommen zu.

Verstoß gegen ein Schutzgesetz im Sinne von § 823, 2? Auch hier könnte uns die allgemeine Fassung des Gesetzes „ein den Schutz eines andern bezweckendes Gesetz“ zur Bejahung der Frage führen. Denn die Vorschriften in den einzelnen Schuldverhältnissen, welche die Pflichten für den Vertragsschuldner aufstellen, dienen sicherlich zum Schutze des Gläubigers. Dann kämen wir zu dem unbefriedigenden Resultat, daß das B.G.B. doch die Verletzung von absoluten und relativen Rechten grundsätzlich gleichgestellt hat, ein Resultat, welches in den ganzen Aufbau des Gesetzes sich schlecht einordnen ließe.[1]) Man ist deshalb gezwungen, den Ausdruck des Gesetzes einschränkend auszulegen. Auch hier bieten wieder die Motive[2]) eine wichtige Handhabe zur richtigen Auslegung. Sie unterscheiden zwischen absoluten und relativen Geboten und Verboten. Unter Schutzgesetzen im Sinne von § 823, 2 sind danach nur gesetzliche Vorschriften zu verstehen, welche der Allgemeinheit Pflichten gegenüber dem Geschützten auferlegen, nicht solche, welche nur einem einzelnen kraft eines besonderen Verpflichtungsverhältnisses besondere Pflichten dem Geschützten gegenüber auferlegen.[3]) Zu letzteren gehören aber gerade die Vorschriften in den Schuldverhältnissen, welche die Pflichten des Vertragsschuldners gegenüber dem Vertragsgläubiger normieren.

[1]) Vergl. Ausführungen, S. 20 und 21.

[2]) Bd. II, S. 726.

[3]) Detmold, a. a. O., S. 325. Es ist dies derjenige Auslegungsversuch, welcher die geringste Einschränkung des Schutzgesetzes in dieser Richtung vornimmt. Da nun schon bei dieser Auslegung das oben als unbefriedigend bezeichnete Resultat vermieden wird, so erübrigt es sich, auf die anderen Auslegungen, welche sämtlich eine größere Einschränkung vornehmen wollen, einzugehen (z. B. Enneccerus-Lehmann, Bd. I, § 360, Dernburg, Bd. II, 2, S. 614). Auch ist es im Zusammenhange unserer obigen Erörterungen nicht erforderlich, auf die weitere Streitfrage einzugehen, wie der Ausdruck Schutz „eines andern“ zu verstehen sei. Denn da die oben bezeichneten Bestimmungen des B.G.B. über die Verträge stets nur den Gläubiger, also einen einzelnen schützen, entfällt für uns die Bedeutung der Streitfrage.

Wie steht es aber nun in dem Falle, daß das St.G.B. die Verletzung einer solchen besonderen Pflicht unter Strafe stellt, wie z. B. § 266 (Untreue), § 329 (Vertragsbruch des Armeelieferanten), § 298 (Bruch des Heuervertrages) usw., wird hier die besondere Pflicht zu einer allgemeinen?[1]) Unserer Ansicht nach ja.[2]) Denn dadurch, daß das Strafrecht diesen Vertragspflichten seinen Schutz leiht, hebt es sie aus dem Rahmen der bloßen Vertragsverletzung heraus und macht sie zu allgemeinen Pflichten. Diese allgemeine Pflicht ließe sich vielleicht folgendermaßen formulieren: Jeder aus der Allgemeinheit, der einen solchen Vertrag eingeht, ist verpflichtet, seine Vertragspflicht zu erfüllen. Grund: diese Verträge berühren im hohen Maße das öffentliche Interesse. Deshalb ist auch diese allgemeine Norm nicht inhaltslos, da sie nicht nur bedeutet: du hast die allgemeine Pflicht, deine Pflicht zu erfüllen,[3]) du sollst das tun, was du tun sollst,[4]) sondern vielmehr besagt: du verletzt das öffentliche Interesse, wenn du deine Pflicht nicht tust; darum mußt du deine Pflicht erfüllen. Da diese Vertragsverletzung auch einen Bruch des Rechtsfriedens bedeutet, so rechtfertigt es sich, daß die Haftung aus diesen Vertragsverletzungen der aus der Verletzung absoluter Rechte entspringenden gleichgestellt wird. Aus diesem Grunde kommen wir zu der Ansicht, daß in diesen Fällen Haftung aus § 823, 2 eintritt, obgleich nur der Tatbestand einer bloßen Vertragsverletzung gegeben ist.[5]) Auch greifen hier nicht die dogmatischen Bedenken gegen die Gleichstellung absoluter und relativer Rechte Platz, weil auch hier ein Bruch des Rechtsfriedens, eine Störung des Bewußtseins

[1]) Es erschien uns die Behandlung dieser Fälle an dieser Stelle angebracht, weil der zugrunde liegende Tatbestand nur eine Vertragsverletzung darstellt.

[2]) A. A.: Zitelmann, Internat. Pr.R., S. 473. Prym, a. a. O., Seite 36.

[3]) Prym, a. a. O., S. 33.

[4]) Zitelmann, Internat. Pr.R., S. 472.

[5]) Ebenso Detmold, a. a. O., S. 327, Fischer, a. a. O, S. 92.

der Rechtssicherheit vorliegt. und zwar deshalb, weil zum Teil der Geschädigte sich in einer gewissen Zwangslage befand und sich seinen Gegenkontrahenten nicht mit der sonst üblichen Vorsicht aussuchen konnte, zum Teil der Schädiger eine einer amtlichen ähnliche Stellung einnahm und besonderes Vertrauen genoß.

Zum Schluß bleibt noch die Frage zu erörtern, ob eine Vertragsverletzung stets unter § 826 fällt. Diese Frage bedarf keiner näheren Erörterung, sie ist schon aus dem Grunde zu verneinen, weil alle fahrlässigen Vertragsverletzungen durch § 826 ausgeschlossen sind.

Wir finden als Ergebnis unserer Untersuchungen folgendes: Eine bloße Vertragsverletzung stellt niemals eine unerlaubte Handlung nach § 823, 1 dar, weil der Ausdruck „sonstiges Recht“ obligatorische Rechte nicht mit umfaßt. Die Vertragsverletzung fällt aber grundsätzlich auch nicht unter § 823, 2, weil der Ausdruck „Schutz eines anderen bezweckenden Gesetz“ der einschränkenden Auslegung bedarf und nur solche Schutzgesetze meint, welche die Verletzung allgemeiner Pflichten ahnden. Von dieser Regel sind allerdings diejenigen Fälle ausgenommen, in denen die Verletzung der kraft eines besonderen Verpflichtungsverhältnisses bestehenden besonderen Pflichten strafrechtlich verfolgt wird. Denn die Bestimmungen des Strafrechts erheben diese besonderen Pflichten zu allgemeinen. Seine Rechtfertigung findet dieses Verfahren dadurch, daß diese besonderen Pflichten das öffentliche Interesse nicht unerheblich tangieren. Drittens kann die vorsätzliche Vertragsverletzung unter § 826 fallen, wenn die übrigen Tatbestandsmerkmale dieses Paragraphen erfüllt sind.

Bisher stand nur der Fall zur Erörterung, daß die Verletzung von Pflichten sich nur als solche von Vertragspflichten darstellte. Ist es nun auch möglich, daß neben den Vertragspflichten zugleich auch allgemeine Pflichten verletzt werden, die den Tatbestand des § 823, 1 erfüllen? Z. B. der Entleiher macht einen vertragswidrigen Gebrauch von der entliehenen Sache und zerstört diese dabei schuld-

haft. Hier ist doch einmal das obligatorische Recht des Vertragsgläubigers verletzt. Und zwar ist der Tatbestand der Vertragsverletzung schon erfüllt, als der Entleiher den vertragswidrigen Gebrauch von der Sache macht. Darüber hinaus hat der Schädiger aber das Eigentum des Verleihers verletzt und damit den Tatbestand des § 823, 1 (wenigstens scheinbar) erfüllt.

Die folgende Erörterung hat sich nun mit der Feststellung zu befassen, ob auch die übrigen Tatbestandsmerkmale des § 823, 1 erfüllt sind, oder ob etwa das bestehende Rechtsverhältnis die Kraft besitzt, Voraussetzungen zur Entstehung des Anspruchs aus § 823, 1 zu beseitigen. In derselben Weise ist zu verfahren, wenn neben der Vertragsverletzung ein Schutzgesetz verletzt ist (§ 823, 2) oder ein Verstoß gegen die guten Sitten vorliegt (§ 826).

§ 3.

Zuerst wollen wir die Frage behandeln, ob die objektive Rechtswidrigkeit vorliegen kann oder ob das Vertragsverhältnis dieses Tatbestandsmerkmal [1]) der unerlaubten Handlung beseitigt oder beeinflußt. Zu diesem Zwecke ist es aber erforderlich, uns über das Wesen der objektiven Rechtswidrigkeit im deliktischen Sinne klar zu werden. Was bedeutet objektive Rechtswidrigkeit? Es kann nach dem

[1]) Darüber, welche Bedeutung die ausdrückliche Betonung der Widerrechtlichkeit in § 823, 1 hat, herrscht Streit. Nach der jetzt fast allgemein vertretenen Ansicht (Örtmann, Komm. zu § 823, Nr. 7; Zitelmann, Arch. ziv. Prax., S. 2, Anm. 1; Planck, a. a. O. zu § 823, N. II, 3; Endemann, a. a. O., S. 426 usw.) ist die Verletzung der in § 823, 1 genannten Rechtsgüter und Rechte stets widerrechtlich. Die besondere Erwähnung der Widerrechtlichkeit hat nur den Zweck, daß sie die „Zulässigkeit der Berufung auf ein Recht zum Eingriff gesetzlich bestätigt“ (Endemann, S. 426). Wichtig wird diese Frage für die Verteilung der Beweislast, bei Bestreiten der Widerrechtlichkeit. Im Sinne der herrschenden Meinung hat dann der Beklagte den Mangel der Widerrechtlichkeit zu beweisen.

Sprachgebrauch nur bedeuten Verstoß gegen eine Gesetzesvorschrift.[1]) Bezeichnen wir ein Verhalten als rechtswidrig, so geben wir damit ein objektives Werturteil ab, wie sich das Verhalten im Sinne der Rechtsordnung charakterisiert. Nun ist einmal rechtswidrig die Verletzung von Leben, Körper usw. Die Verletzung dieser Rechtsgüter ist ein Delikt. Rechtswidrig, weil gegen Gesetzesbestimmungen verstoßend, ist aber auch die Verletzung eines obligatorischen Rechts durch den Schuldner. Diese Verletzung stellt aber kein Delikt dar, weil Forderungsrechte nicht unter den Begriff des sonstigen Rechtes in § 823, 1 fallen.[2]) In beiden Fällen geben wir zwar ein gleichlautendes Werturteil ab, aber die Rechtsordnung knüpft verschiedene Folgen an das kritisierte Verhalten. In einem Falle stellt sich das Verhalten als Delikt dar, im andern nicht. Nur in dem einen Falle können wir daher von einer Widerrechtlichkeit im Deliktssinne sprechen. Wir sind also m. a. W. gezwungen, eine Abstufung auch in unserem Werturteil vorzunehmen.

Den Maßstab, nach dem wir diese Abstufung vorzunehmen haben, finden wir in dem Objekt des rechtswidrigen Verhaltens, in seinem Richtungspunkt. Denn die Rechtsordnung wird naturgemäß in dem Verhältnis der Wichtigkeit, welche sie dem einzelnen rechtlich geschützten Interesse beilegt, auch das widerrechtliche Verhalten bewerten, welches diese rechtlich geschützten Interessen verletzt.

Im Gegensatz nun zum Obligationenrecht, welches das rechtliche Interesse nur dem einzelnen, durch die Obligation Gebundenen gegenüber schützt, befassen sich die Deliktsvorschriften mit dem Schutz der gegenüber der Allgemeinheit bestehenden Rechtsinteressen des einzelnen. Demgemäß richten sich auch die Gebote und Verbote, welche aus den Deliktsvorschriften abstrahiert werden können, an die Allgemeinheit. „Rechtswidrig im deliktischen Sinne ist

[1]) Vergl. Weyl, a. a. O., § 48.
[2]) Vergl. § 2 unserer Erörterung.

demnach ein Verhalten, welches gegen ein der Allgemeinheit gegenüber geltendes Gebot oder Verbot verstößt.“ [1])

Nachdem wir somit den Begriff der objektiven Rechtswidrigkeit im deliktischen Sinne gefunden und dadurch eine Grundlage für die Erörterungen in dieser Frage gewonnen haben, können wir zur Behandlung der einzelnen Streitpunkte schreiten.

Da ist vor allem die Ansicht Cosacks [2]) zu behandeln, der die Rechtswidrigkeit im obigen Sinne durch das Vorliegen eines Rechtsverhältnisses zwischen Schädiger und Geschädigtem stets entfallen läßt. Er sagt: [3])

> „Nicht rechtswidrig ist ferner das Verhalten eines Schuldners gegenüber seinem Gläubiger ohne Rücksicht darauf, ob die Verpflichtung des Schuldners auf einem Rechtsgeschäfte oder auf Gesetzesvorschrift beruht. Mag also der Schuldner seinen Verpflichtungen noch so sehr zuwiderhandeln, sein Tun ist alsdann vertrags-, pflicht-, gesetzwidrig, aber — in dem hier gemeinten Sinne [4]) — nicht rechtswidrig.“

Aus den Worten „noch so sehr zuwiderhandeln“ folgern wir wohl mit Recht, daß Cosack den von uns unterstellten Fall meint, daß eine Vertragsverletzung vorliegt, welche zugleich den Tatbestand eines Delikts erfüllt. [5]) Also niemals können dann Deliktsfolgen eintreten. Der Meister, welcher — um einen viel gebrauchten, krassen

[1]) Eltzbacher, a. a. O., S. 263: „Alles rechtswidrige Verhalten ist nicht nur Verletzung eines bürgerlichen Rechts, seine Bedeutung ist auch durchaus von dessen Inhalt abhängig.“

Ähnlich Crome, System, Bd. 1, S. 473.

[2]) a. a. O., Bd. I, S. 597.

[3]) a. a. O., S. 597. Wegen der grundlegenden Bedeutung dieser Frage für die ganze Abhandlung zitieren wir wörtlich.

[4]) Kann, wie sich aus dem Zusammenhange seiner Ausführungen ergibt, nur heißen „im deliktischen Sinne“. Die Bezeichnung „gesetzwidrig“ ist wohl gleichbedeutend mit unserem „rechtswidrig im nichtdeliktischen Sinne“.

[5]) Daß diese Folgerung richtig ist, ergeben übrigens auch die weiteren Ausführungen Cosacks auf S. 598.

Fall anzuführen — in Überschreitung seines Züchtigungsrechtes den Lehrjungen totschlägt, haftet nur aus Vertrag. Ist diese Ansicht wirklich im Gesetz begründet?

Sicherlich nicht. Und es ist auch gar nicht schwer, Cosack hier zu widerlegen. Wir brauchen nicht zu untersuchen, wie er zu dieser Auffassung kommt, vielmehr können wir sogleich auf einen Widerspruch in seinen Ausführungen hinweisen. Er sagt nämlich im weiteren Verlaufe seiner Ausführungen (S. 598): „Allerdings muß man dabei berücksichtigen, daß eine Pflichtverletzung des Schuldners sehr wohl unter die Gruppe II[1]) der Delikte fallen kann." Das ist aber ein Widerspruch gegen die zuerst angezogene Stelle. Denn ein Begriffsmerkmal jedes Verbrechens[2]) (im allgemeinen Sinne) ist eben die Rechtswidrigkeit des Eingriffs in die geschützte fremde Rechtssphäre. Und zwar ist es die Rechtswidrigkeit im deliktischen Sinne, deren Begriff wir oben umgrenzt haben. Soll also das Bestehen eines Vertragsverhältnisses zwischen Schädiger und Geschädigtem die Rechtswidrigkeit nach § 823, 1 ausschließen, so entfällt damit auch ein Begriffsmerkmal des Verbrechens, es liegt also auch kein Verstoß gegen ein Schutzgesetz vor. Denn es ist doch unmöglich, daß ein und derselbe Tatbestand bei Subsumtion unter die eine Gesetzesnorm ein Erfordernis aufweist, dessen er bei Subsumtion unter eine andere Gesetzesnorm ermangelt.[3]) Folgerecht muß Cosack auch die

[1]) Verstöße gegen ein Schutzgesetz nach § 823, 2.

[2]) v. Liszt, Strafr., § 32.

[3]) Cosack (S. 599) versucht zwar eine von der in § 823, 1 verschiedene Rechtswidrigkeit zu konstruieren, die besteht in dem Verstoß gegen ein Schutzgesetz. Aber er übersieht u. E. dabei, daß das Schutzgesetz kein in sich abgeschlossenes, einen festen Tatbestand umfassendes Gesetz ist, vielmehr nur einen Rahmen, ein leeres Blatt darstellt, welches erst durch das Hinzutreten eines anderen Gesetzes seinen Inhalt, seine Bezeichnung erhält. Dieses hinzutretende Gesetz erst gibt den jeweiligen Tatbestand des Schutzgesetzes und damit des § 823, 2 an.

Bleiben wir nun bei dem obigen Beispiele der Tötung. Das Strafrecht und das Zivilrecht verbieten gleichmäßig die Tötung eines anderen. Es verstößt also ein Verhalten, das die Tötung eines anderen herbeiführt, gegen dasselbe, den beiden Gesetzesvorschriften immanente

Anwendbarkeit des § 823, 2 verneinen. Dadurch kommt er aber zu ganz unhaltbaren Resultaten (vergl. das obige

allgemeine Gebot: „Du sollst nicht töten", und ist damit widerrechtlich. Und zwar ist die Widerrechtlichkeit dieselbe, weil das Verhalten gegen dasselbe allgemeine Verbot verstößt. Der objektive Tatbestand ist derselbe; ein anderer ist getötet worden. Nur auf der subjektiven Seite können Verschiedenheiten vorliegen. Diese bringen wir durch Subsumtion unter den einen oder anderen Paragraphen zum Ausdruck.

Nun könnte allerdings hiergegen noch eine Einwendung gemacht werden. Man könnte die Cosackschen Ausführungen folgendermaßen verteidigen. Die Verletzung der in § 823, 1 aufgezählten Rechtsgüter ist ohne weiteres rechtswidrig. Der Verletzung kann aber durch Einwilligung des Verletzten die Rechtswidrigkeit genommen werden. Trotz der Einwilligung in die Verletzung kann aber der Tatbestand des § 823, 2 erfüllt sein. Man denke z. B. an den Fall der Tötung eines Menschen mit dessen Einwilligung. Nach Cosack entfällt hier die Rechtswidrigkeit der Verletzung des Lebens, daher liegt der Tatbestand des § 823, 1 nicht vor. Dagegen ist der Tatbestand des § 823, 2 erfüllt, weil ein Schutzgesetz — der § 216 St G.B. — verletzt ist.

U. E. ist diese Einwendung aber nicht stichhaltig, wie sich aus folgender Erwägung ergibt. Zum Begriffsmerkmal jedes Verbrechens gehört, wie wir oben gesehen, die Rechtswidrigkeit der Willensbetätigung. Stellt nun das Strafrecht die Tötung eines Menschen mit dessen Einwilligung unter Strafe, so bringt es dadurch zum Ausdruck, daß trotz der Einwilligung des Getöteten die Rechtswidrigkeit der Tötung bestehen bleibt, m. a. W. der Einwilligung des Verletzten legt die Rechtsordnung in diesem Falle nicht die Wirkung bei, die Rechtswidrigkeit auszuschließen. U. E. muß dies aus dem Strafrecht gewonnene Ergebnis auch auf das Zivilrecht hinüberwirken, so daß auch hier die Verletzung des Lebens rechtswidrig bleibt trotz der Einwilligung des Verletzten. Denn sonst kämen wir auch hier wieder zu dem Ergebnis, daß derselbe historische Vorgang bei Subsumtion unter § 823, 2 ein Tatbestandsmerkmal — die Rechtswidrigkeit — aufwiese, dessen er bei Subsumtion unter § 823, 1 ermangelte. Eine dieses Ergebnis rechtfertigende Verschiedenheit des Tatbestandsmerkmals der Rechtswidrigkeit kann man nicht annehmen, da das Verhalten des Schädigers gegen dasselbe allgemeine Rechtsverbot: „Du sollst nicht töten" verstößt. Dieses allgemeine Verbot gilt aber für die gesamte Rechtsordnung, also in gleicher Weise für Zivil- und Strafrecht.

Nach unserer Auffassung ist also in dem unterstellten Falle sowohl der Tatbestand des § 823, 1 als auch der des § 823, 2 erfüllt. Daß in beiden Fällen wohl keine Schadenersatzpflicht eintreten wird, ergibt sich aus der Anwendbarkeit des § 254 B.G.B.

Beispiel). Denn gerade durch seine weite Auslegung des Schutzgesetzes, welches nach ihm umfaßt „Gesetze des öffentlichen Rechts, welche irgendeine Handlung unter Androhung einer Strafe oder polizeilichen Zwanges gebieten oder verbieten", umging er die durch Anwendung seiner Theorie gezeitigten unhaltbaren Ergebnisse.[1] [2])

Um zu befriedigenden Resultaten zu gelangen, müssen wir einen anderen Weg suchen. Wir wollen davon ausgehen, daß die deliktische Widerrechtlichkeit grundsätzlich bestehen bleibt auch beim Vorliegen eines Vertrages. Auf dieser Basis wollen wir im folgenden dann die Frage behandeln, ob ein bestehendes Vertragsverhältnis nicht imstande ist, in manchen Fällen die deliktische Rechtswidrigkeit zu beeinflussen.

Wir hatten als rechtswidrig im Deliktssinne ein Verhalten bezeichnet, welches einem der Allgemeinheit gegenüber geltenden Gebot oder Verbot zuwiderhandelt. Dieses Verhalten kann in einem Tun oder einem Unterlassen bestehen. Eine Einwirkung der Obligation ist nun in doppelter Weise denkbar, nämlich sie kann die an sich bestehende Rechtswidrigkeit des Verhaltens beseitigen oder die an sich nicht bestehende Rechtswidrigkeit begründen. Folgende Fälle sind demnach zu behandeln:

1. Der Vertrag gestattet ein Handeln trotz allgemeiner Unterlassungspflicht;

[1]) Es ist verwunderlich, daß in der Literatur bisher auf diesen Widerspruch Cosacks nicht mit der Deutlichkeit wie hier hingewiesen ist. Prym erwähnt zwar (S. 25, Anm. 1), daß auch zum Tatbestande des § 823, 2 die Widerrechtlichkeit gehört, aber nicht bei Besprechung der Cosackschen Auffassung. Vielleicht ist auch in den Worten Isays (S. 400 oben): „Es ist nicht einzusehen, weshalb die Verletzung einer Verbindlichkeit zwar nicht zugleich unter Gruppe I, wohl aber unter Gruppe II und III fallen können soll", eine Anspielung auf den Widerspruch in Cosacks Ausführungen zu finden.

[2]) Die Ausführungen Cosacks geben ein drastisches Beispiel dafür, wie schwer es für die Vertreter der Ansicht, daß obligatorische Rechte unter das sonstige Recht des § 823, 1 fallen, ist, den praktischen Folgerungen ihrer Ansicht zu entgehen.

2. er gestattet ein Unterlassen trotz allgemeiner Handlungspflicht;
3. er begründet die Pflicht zum Handeln;
4. er begründet die Pflicht zum Unterlassen.

Bei einer Ausdrucksweise, welche die deliktische Widerrechtlichkeit als den Zielpunkt unserer jetzigen Erörterung in den Vordergrund rückt, finden wir folgende Formulierung in der entsprechenden Ziffernfolge:

1. Ein an sich widerrechtliches Handeln verliert die Widerrechtlichkeit um der Obligation willen;
2. ein an sich widerrechtliches Unterlassen verliert die Widerrechtlichkeit um der Obligation willen;
3. ein an sich nicht widerrechtliches Unterlassen wird um der Obligation willen widerrechtlich;
4. ein an sich nicht widerrechtliches Handeln wird um der Obligation willen widerrechtlich.

Es ist zunächst ganz unbestritten, daß die Rechtswidrigkeit durch Hinzutreten besonderer Umstände entfallen kann.[1]) Solche Umstände sind z. B. Notwehr, erlaubte Selbsthilfe, öffentlich-rechtliche Ermächtigung. Auch die Einwilligung des Verletzten gehört hierher. Soll also um des Vertragsverhältnisses willen die Rechtswidrigkeit entfallen, so muß der Vertrag einen der vorbezeichneten besonderen Umstände begründen.

Zweck der Verträge ist, die mehreren einander ausschließenden Rechtssphären verschiedener Rechtsobjekte miteinander in Verbindung zu bringen, eine gegenseitige Einwirkung zu ermöglichen. Die den Vertrag zur Entstehung bringende Willenseinigung der Parteien bezieht sich gerade auf diese Einwirkung. Der Vertrag enthält demnach die Einwilligung, ein Eingreifen in die eigene Rechtssphäre

[1]) v. Liszt, Del. Obl. § 6; derselbe: Strafrecht § 32 bis 35.
Prym, a. a. O, S. 25.
Zitelmann, Bürgerl. Recht I, S. 155 usw.

durch den anderen zu dulden.[1] [2]) So gestattet z. B. kraft des Mietsvertrages der Vermieter eine Einwirkung auf seine Sache durch den Mieter, die sogar zu einer Verschlechterung der Sache führen kann. Dem Mieter gegenüber gilt nicht das allgemeine Verbot fremdes Eigentum zu benutzen, er handelt also nicht rechtswidrig, wenn er die Mietssache gebraucht.

Aber bezieht sich diese Einwilligung nun auf jede Einwirkung, ist gegenüber dem Vertragsgegner das allgemeine Verbot schlechthin ausgeschlossen?[3]) Wenn wir diese Frage bejahen, kämen wir zu der oben von uns bekämpften Cosackschen Auffassung, dann wäre die deliktische Rechtswidrigkeit durch den Vertrag überhaupt ausgeschlossen.

Soweit reicht die im Vertrage enthaltene Einwilligung sicherlich nicht. Es gilt nur einen Maßstab zu finden, nach dem wir den Umfang der Einwilligung jeweils bemessen können. Schicken wir einige Beispiele voraus.

1. Der Verwahrer eines wertvollen Glases, der die Ver-

[1]) Dabei ist natürlich die erste Voraussetzung, daß dem Rechtssubjekt die freie Verfügung über das Rechtsgut, auf welches eingewirkt werden soll, durch die Rechtsordnung gewährt wird (vergl. Zitelmann, Arch. f. zivil. Praxis, S. 65 ff.; v. Liszt, Del. Obl., S. 95 ff.; Meves, a. a. O., S. 85). Eine eingehende Erörterung dieser Frage würde aber den Rahmen unserer Abhandlung überschreiten. Es genügt auf den Gesichtspunkt aufmerksam zu machen, unter dem die Wirksamkeit der „Einwilligung" von Fall zu Fall geprüft werden muß.

[2]) In dem Vertrage liegt die Einwilligung. Daraus folgt, daß der Vertrag gültig sein muß, um die Widerrechtlichkeit auszuschließen. Ist der Vertrag ungültig, besteht auch keine Einwilligung. Demnach bleibt das vermeintlich vertragsmäßige Verhalten rechtswidrig (vergl. Zitelmann, Arch. f. zivil. Praxis, S. 48, 61; Prym, a. a. O., S. 26, Anm. 2; Örtmann, Kommentar § 823, N. 7, d usw.).

[3]) Von dieser Annahme dürfte Cosack ausgegangen sein (vergl. oben S. 27 und 28 unserer Erörterungen und seine eigenen Ausführungen, a. a. O., S. 603). „Die obligatorischen Verpflichtungen des Schuldners charakterisieren und begrenzen zugleich dessen Haftung in eigentümlicher Weise, so daß man deshalb dem Schuldner zu nahe tritt, wenn man behauptet: seine Handlung wäre ein Delikt, wenn er Nichtschuldner wäre, also ist sie auch deliktisch, nun da er Schuldner ist."

wahrung unentgeltlich übernommen hat, läßt dieses beim Wegschließen in den Geldschrank leicht fahrlässig fallen, trotzdem er die diligentia suis quam rebus aufwendete.

2. Das Dienstmädchen zerbricht leicht fahrlässig beim Abwaschen dieses Glas.
3. Der Entleiher dieses wertvollen Glases, welcher es sich zum Ansehen entliehen hat, zerbricht es leicht fahrlässig, als er es zum Trinken benutzt.

In allen drei Fällen ist kraft des Schuldverhältnisses eine Einwirkung auf die Sache gestattet. Trotzdem werden wir, wenn wir unserm Rechtsgefühle folgen, kaum überall zu einer Verneinung der objektiven Rechtswidrigkeit im Deliktssinne kommen. Und warum nicht? Weil eine Verschiedenheit in dem Maße der erlaubten Einwirkung vorliegt.

Wie finden wir nun aber einen Maßstab zur Bestimmung der Grenzen des erlaubten Einwirkens. Prym (a. a. O., S. 26, 29, 30, u. N. 3, S. 29) sieht ihn in der Einwilligung des Geschädigten in den Erfolg. Diese Abgrenzung geht u. E. zu weit und ist auch unrichtig, weil sie ein subjektives Moment in einen Maßstab hineinträgt, der, soll er zu praktisch brauchbaren Resultaten führen, rein objektiv sein muß. In dem „Erfolg“ nämlich erkennen wir einmal die Tatsache des Einwirkens, zum andern auch die Art und Weise des Einwirkens. Die Tatsache des Einwirkens kann man als die objektive, die Art und Weise des Einwirkens als die subjektive Komponente des Erfolges bezeichnen. Prym muß denn auch in jedem der drei genannten Fälle das Vorliegen der deliktischen Rechtswidrigkeit bejahen, weil der Geschädigte jedesmal mit dem Erfolge nicht einverstanden ist. Speziell zum zweiten Beispiele sagt er: „erlaubt sind bloß die Handlungen, welche die Reinigung der Sache bewirken, ohne sie zu zerstören“. Aber eine solch diffizile Unterscheidung ist im voraus undurchführbar. Damit ist dann auch jeder Maßstab dafür entfallen, welche Einwirkung auf die fremde Sache erlaubt ist. Führen wir das obige Beispiel nur näher aus. Die Dienstmagd soll die

Gläser der Herrschaft säubern und abtrocknen. Die geschickte Magd wird das Trockentuch vorsichtig mit wenigen Fingern in das Glas führen und so den erwünschten Erfolg erzielen, während die ungeschickte Magd zum gleichen Zwecke versuchen wird, die ganze Hand ins Glas zu bringen. Sie wird naturgemäß das Glas zersprengen und so einen unerwünschten Erfolg herbeiführen. Trotzdem war in beiden Fällen die Einwirkung dieselbe, nämlich das Einführen des Trockentuches ins Glas. Aber der Erfolg war ein verschiedener, deshalb war nach Prym das erste Mal die Einwirkung nicht rechtswidrig, das zweite Mal war sie rechtswidrig. Dieses Beispiel macht uns klar, daß wir durch die Auslegung Pryms einen Maßstab nicht gewinnen. Den Grund dafür erkannten wir oben, nämlich der „Erfolg" enthält eine subjektive, demnach durch Willen und Wesen der Beteiligten veränderliche Komponente, das „Wie" des Einwirkens. Beschränken wir uns auf die objektive Komponente, die Tatsache der Einwirkung, dann finden wir das gewünschte Kriterium.

Aber mit dieser Feststellung ist unsere Frage noch nicht gelöst, sondern nur verschoben. Denn es bleibt auch jetzt noch die Frage bestehen, worin wir den Maßstab dafür finden, ob die Tatsache der Einwirkung in die fremde Rechtssphäre um der Obligation willen nicht widerrechtlich sei.

Wir finden die Antwort, wenn wir die oben gewürdigte Bedeutung der Verträge für das Rechtsleben ins Auge fassen. Sie sollen die Verbindung herstellen zwischen mehreren Rechtskreisen. Die Art und Weise dieser Verbindung, d. h. gerade das Maß der erlaubten Einwirkung, gibt uns der Vertragszweck an. Denn um diesen Zweck zu erreichen, wurde ja der Vertrag abgeschlossen, welcher die Einwirkung gestattete. Diese Einwirkung war mit anderen Worten nur das Mittel zur Erreichung des Zweckes. Ob und wie weit aber eine Einwirkung zweckdienlich war, findet man eben dadurch, daß man vom feststehenden Zwecke rück-

wärts schauend die Mittel und Wege zu ihm mit den Augen eines verständigen Menschen prüft.

Also der jedesmalige Vertragszweck gibt uns den Maßstab an die Hand, nach dem wir den Umfang der erlaubten Einwirkung feststellen können.[1]) Prüfen wir an diesem Maßstabe unsere Beispiele.

Der Zweck des Verwahrungsvertrages ist Aufbewahrung einer fremden Sache. Dazu gehört aber in der Regel nicht nur das „Liegenlassen", sondern auch das „Hinlegen" an sicherem Ort. Demnach handelt der Verwahrer zweckentsprechend, wenn er das Glas in den Geldschrank schließen will. Aber bei dieser an sich gerechtfertigten Einwirkung auf die fremde Sache verfährt er schuldhaft und verletzt dadurch Vertragspflichten, z. B. die Rückgabepflicht. Es entspricht also der objektive Tatbestand nur dem der Vertragsverletzung, nicht dem des Delikts, weil die Eigentumsverletzung nicht widerrechtlich im deliktischen Sinne war.

Die gleiche Entscheidung ist in dem zweiten Beispiele zu treffen.

[1]) Fischer, a. a. O., S. 98 ff., S. 101.

Wohl auch Endemann, a. a. O., S. 1257 und Anm. 13, S. 1259. Dagegen mit Prym übereinstimmend Krückmann, a. a. O., S. 437.

Ähnlich wie wir entscheidet sich auch v. Blume, a. a. O., S. 483. Auch er fragt, ob die Einwirkung dem Zwecke des Vertrages entsprach. Die Beantwortung der Frage gibt er aber dem Ermessen des Schädigers anheim, so daß dieser so lange nicht „rechtswidrig" handeln soll, als er — wenn auch fahrlässig — in dem Glauben handelte, dem Zwecke des Vertrages zu entsprechen. „Denn es war seinem Ermessen überlassen, die Grenze des Erlaubten zu bestimmen, und ob dieses Ermessen pflichtgemäß war, kann sich nur nach dem Vertrage bestimmen" (S. 484). Wir bezweifeln die Richtigkeit des Satzes, daß es dem Ermessen des Schädigers überlassen sein soll, die Grenze des Erlaubten zu bestimmen, meinen vielmehr, daß in den Fällen, wo der Vertrag dem Schuldner nicht ein ganz bestimmtes Verhalten vorschreibt, die allgemeine Verkehrsanschauung die Grenze des Erlaubten zu bestimmen hat. Denn das B.G.B. steht grundsätzlich auf dem Standpunkt, daß Zweifel über die Auslegung von Rechtshandlungen nicht nach dem subjektiven Ermessen eines Beteiligten, sondern nach der allgemeinen Verkehrsanschauung entschieden werden. Und die Verkehrsanschauung finden wir auf

Anders dagegen der dritte Fall. Hier können wir ohne weiteres die dem Zwecke des Vertrages entgegenlaufende Einwirkung feststellen. Demnach ist sowohl der objektive Tatbestand der Vertragsverletzung wie der des Delikts gegeben.

Wir kommen demnach zu dem Ergebnis: ein Handeln ist, trotzdem es gegen eine allgemeine Unterlassungspflicht verstößt, nicht deliktisch rechtswidrig, wenn in dem Vertrage eine Einwilligung zu diesem Handeln gegeben ist. Eine solche Einwilligung ist in dem Vertrage dann zu finden, wenn die Handlung (Einwirkung in die fremde Rechtssphäre) dem Zwecke des Vertrages entspricht. Diese erlaubte Einwirkung wird aber auch dann nicht rechtswidrig, wenn sie in schuldhafter Weise[1]) vorgenommen wird.[2])

---

dem oben angedeuteten Wege, indem wir fragen, ob ein verständiger Mensch die Einwirkung für vertragszweckentsprechend halten mußte. Würden wir der Blumeschen Auffassung folgen, so würden wir ähnlich wie Prym einen Maßstab erhalten, der ein subjektives Moment in sich schlösse. Wir brauchen aber, um zu befriedigenden Resultaten zu kommen, einen rein objektiven Maßstab.

[1]) Einer näheren Erörterung bedarf jedoch der Fall, wenn bei der erlaubten Einwirkung vorsätzlich Schaden verursacht wird. Hier wird stets eine Überschreitung der durch den Vertrag erlaubten Einwirkung vorliegen und damit die deliktische Rechtswidrigkeit wieder eintreten. Diese Folgerung dürfte sich aus der Erwägung rechtfertigen, daß bei fahrlässiger Begehung dem Täter die Tatumstände der schädigenden Handlung gar nicht zum Bewußtsein kommen. Dagegen richtet sich der Vorsatz als die bewußte Verwirklichung der Tatumstände auf die Schaden verursachende Handlung. Diese erscheint als selbständige, von der erlaubten Einwirkung unabhängige Willensbetätigung, nicht wie bei fahrlässiger Begehung als Begleitumstand der an sich erlaubten Willensbetätigung. Zusammenfassend können wir sagen: wird gelegentlich der Einwirkung vorsätzlich Schaden verursacht, so liegen zwei Willensbetätigungen des Schädigers vor und es sind demnach zwei objektive Tatbestände gegeben. Wird gelegentlich der Einwirkung fahrlässig Schaden verursacht, so liegt nur eine einzige Willensbetätigung und damit nur ein objektiver Tatbestand vor.

Prüfen wir dieses Ergebnis an einem der obigen Beispiele. Der Verwahrer läßt beim Wegschließen das Glas fahrlässig fallen. Dann

Die eben getroffene Feststellung muß auch gelten, wenn durch ein Unterlassen gegen ein allgemeines Handlungsgebot verstoßen worden ist, ein Vertrag aber die Unterlassung gestattete. Jedoch wird dieser Fall niemals praktische Bedeutung haben, und zwar aus dem Grunde, weil die Rechtsordnung niemals die Allgemeinheit zu einem Handeln gegenüber einem einzelnen Rechtssubjekt verpflichten wird.[1] Wenn die Rechtsordnung ein allgemeines Handeln gebietet, so geschieht dies nicht zugunsten des einzelnen, sondern zum Schutze des öffentlichen Interesses. Dies ist aber kein Rechtsgut, das der Verfügung des einzelnen untersteht. Daher kann der einzelne auch keinen Vertrag schließen, durch den er in ein Zuwiderhandeln gegen das allgemeine Handlungsgebot einwilligt. Trotz solchen

hat er bei der einen Willensbetätigung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht gelassen. Wir charakterisieren nur die Art der einen Willensbetätigung. Wirft er dagegen das Glas beim Wegschließen vorsätzlich zu Boden, so vollendet er zwei Willensbetätigungen. Er faßt das Glas an — erlaubte —, er wirft es zu Boden — unerlaubte Einwirkung.

Aus dieser Erwägung müssen wir den Schluß ziehen, daß die subjektive Seite des Tatbestandes einen Einfluß unter Umständen auf die objektive Seite ausüben kann. A. M.: Titze, a. a. O., S. 452 unten und 453 oben.

[2]) Prym (a. a. O., S. 30, Abs. 1) kommt natürlich zum entgegengesetzten Resultate. Da er die Einwilligung des Geschädigten in den Erfolg als Kriterium dafür auffaßt, ob gegebenenfalls die deliktische Rechtswidrigkeit entfällt, so kann er nur zwei Folgerungen gewinnen. Entweder ist der Geschädigte mit dem Erfolg einverstanden, dann liegt weder Vertragsverletzung noch Delikt vor. Oder er ist mit dem Erfolg nicht einverstanden, dann tritt auch die deliktische Rechtswidrigkeit wieder ein, und es liegt sowohl Vertragsverletzung als auch Delikt vor.

[1]) Eltzbacher, a. a. O., S. 270 u. N. 2 daselbst mit der dort verzeichneten Literatur. So vor allem noch:

Wächter, Württ. Privatrecht, Bd. II, § 45, S. 289.

Crome, Bürgerl. Recht, Bd. I, S. 167 u. N. 4 daselbst.

Lehmann, a. a. O., § 2, S. 15 bis 17.

Vertrages wäre die deliktische Rechtswidrigkeit stets gegeben.[1])

Kann nun aber ein an sich nicht rechtswidriges Verhalten dadurch deliktisch rechtswidrig werden, daß der Vertrag das umgekehrte Verhalten fordert? Wenn wir uns die oben gewonnene Definition der deliktischen Rechtswidrigkeit vor Augen halten, kommen wir ohne weiteres zu einer Verneinung dieser Möglichkeit. Denn rechtswidrig im Deliktssinne ist ein Verhalten, welches gegen ein allgemeines Gebot oder Verbot verstößt. Der Vertrag dagegen bindet nur den einzelnen an ein bestimmtes Verhalten.[2]) Mag nun auch jemand mit noch so vielen denselben Vertrag schließen, so wird das durch den Vertrag vorgeschriebene Verhalten dennoch kein allgemein gefordertes, weil nur der Gebundene jedesmal durch den Vertrag zu dem Verhalten verpflichtet wird. Es besteht aber auch keine allgemeine Norm, welche die Erfüllung der vertraglichen Pflichten gebietet. Eine solche Norm wäre auch bedeutungslos, da sie nur besagen würde, „du sollst das tun, was du tun sollst“,[3]) du hast die allgemeine Pflicht, deine Pflicht zu erfüllen“.[4])

Deshalb kann weder ein an sich nicht widerrechtliches Unterlassen deshalb deliktisch widerrechtlich werden, weil der Vertrag ein Handeln vorschreibt, noch umgekehrt ein

[1]) Allerdings kann in dem Vertrage ein Verzicht auf Geltendmachung der Rechtsfolgen liegen, welche aus dem Unterlassen des Schädigers für den Geschädigten entspringen. Z. B. Es hat der Geschädigte A. mit dem Schädiger B. den Vertrag geschlossen, daß B. in seinem Garten nicht raupen braucht. Wird der Garten des A. durch diese Unterlassung des B. verwüstet, so kann A., obgleich die Tatbestandsmerkmale des § 823, 2 sämtlich erfüllt sind, einen Anspruch gegen B. nicht geltend machen, weil A. in dem Vertrage auf die Geltendmachung von Rechtsfolgen verzichtet hat. Der springende Punkt ist der. Hier ist der Deliktstatbestand voll erfüllt. Läge dagegen der oben im Text angedeutete Fall vor, so wäre gar kein Deliktsanspruch begründet, weil die objektive Rechtswidrigkeit fehlte.

[2]) Vergl. oben S. 26 unserer Ausführung.

[3]) Zitelmann, Internat. Pr.-R., S. 472.

[4]) Prym, a. a. O., S. 33.

Handeln deshalb deliktisch widerrechtlich werden, weil der Vertrag ein Unterlassen gebietet.

Dieses Resultat bedarf jedoch noch der näheren Untersuchung. Es gibt nämlich Fälle, in denen ein Unterlassen sich als deliktisch rechtswidriges Verhalten darstellt, und wo scheinbar nur ein Vertrag die Pflicht zum Handeln aufstellt. Z. B. der Arzt unterbricht die schon begonnene Operation und läßt den Kranken liegen, ohne daß besondere Umstände ihn dazu veranlassen. Hier handelt der Arzt zweifellos deliktisch rechtswidrig, denn neben die Vertragspflicht tritt hier zugleich die allgemeine Pflicht, das begonnene Handeln fortzusetzen, weil sonst ein von der Rechtsordnung mißbilligter Erfolg eintritt. Jedoch kann die Entscheidung gegebenenfalls sehr schwierig werden,[1]) wenn das positive Handeln, welches zur Fortsetzung des Tuns verpflichten soll, lediglich in der Übernahme obligatorischer Verpflichtungen, in dem Abschluß eines Vertrages, liegt, wenn nur „eine besondere Situation geschaffen wird",[2]) welche ein Handeln erheischt. Z. B. ein berühmter Arzt, der eine gewisse schwierige Operation mit großen Erfolgen oft vorgenommen hat, verpflichtet sich einem Kranken gegenüber zu dieser Operation. Er kommt aber seiner Verpflichtung nicht nach, so daß der Kranke stirbt. Auch hier handelt u. E. der Arzt deliktisch widerrechtlich, weil er neben einer Vertragspflicht auch eine allgemeine Norm verletzt. Er schuf eine Situation, die ihn zum Handeln verpflichtete, denn der Kranke unterließ es, im Vertrauen auf die Zusicherung seines Vertragsgegners, einen anderen Arzt heranzuziehen. Überhaupt wird man wohl diesen Gesichtspunkt mit Nutzen verwerten können, daß man sagt: ein Unterlassen ist dann rechtswidrig im Deliktssinne, obgleich nur ein Vertrag zum Handeln verpflichtet, wenn durch den Abschluß des Vertrages die Willensbestimmung

[1]) Zitelmann, Internat. Pr.-R., S. 473 u. 474.

[2]) Prym, a. a. O., S. 32.

des Geschädigten beeinflußt wurde.[1]) Man könnte die allgemeine Norm, gegen die durch das Unterlassen verstoßen wird, vielleicht folgendermaßen fassen: „Bestimme einen andern nicht zu einem gewissen Verhalten, indem du ihm deine Unterstützung zusicherst, wenn du nicht gewillt oder dessen sicher bist, die Hilfe zu leisten oder leisten zu können."

Ziehen wir einige Beispiele heran. Die entliehene Sache geht unter, weil der Entleiher keine Erhaltungsmaßregeln trifft.[2]) U. E. liegt hier bloße Vertragsverletzung vor. Anders dagegen, wenn der Entleiher den Verleiher durch irgendwelche Angaben bestimmte, gerade ihm die Sache zu leihen und der Verleiher durch den Abschluß des Leihvertrages bewogen wurde, von einer sicheren Hinterlegung oder von einer Versicherung der Sache abzusehen. Oder das von Prym gewählte Beispiel[3]), daß sich jemand verpflichtet, ein in die Grube gefallenes Pferd mit herauszuholen. Auch hier liegt nur Vertragsverletzung vor, wenn der Verpflichtete seinen Obliegenheiten nicht nachkommt. Hat er aber durch den Abschluß des Vertrages den andern bestimmt, Leute, die zu Hilfe kamen, wegzuschicken, und kommt er dann seinen Vertragspflichten nicht nach, so liegt u. E. ein Delikt vor, wenn auf Grund der Unterlassung das Pferd krepiert.

Es kann aber nicht unsere Aufgabe sein, an der Hand von Beispielen alle nur denkbaren Fälle zu erörtern. Die genannten werden genügen, um zu zeigen, daß wir mit unserer Auslegung in dieser bestrittenen Frage zu befriedigenden Ergebnissen gelangen.

Wir hatten oben schon die Möglichkeit verneint, daß ein an sich nicht rechtswidriges Handeln deshalb deliktisch rechtswidrig werden könne, weil ein bestehendes Vertrags-

[1]) Vergl. dagegen R.G.St., Bd. X, S. 100, welches rechtswidriges Unterlassen annimmt, auch wenn nur ein Vertrag zum Handeln verpflichtet.

[2]) Zitelmann, Internat. Pr.-R., S. 473.

[3]) Prym, a. a. O., S. 33, 34.

verhältnis die Pflicht zum Unterlassen begründe. Es soll hier nur noch ein Fall behandelt werden, der wegen seiner Eigenart Zweifel verursachen könnte. Wie ist es, wenn der an einer Sache dinglich Berechtigte sich dem Eigentümer dieser Sache gegenüber verpflichtet, seine Berechtigung nicht auszuüben.[1]) Handelt er dann deliktisch widerrechtlich, wenn er dieser Pflicht nicht nachkommt? Diese Auslegung rechtfertigt sich scheinbar durch die Erwägung, daß zugunsten des Eigentümers ein allgemeines Unterlassungsgebot besteht, und daß dieses allgemeine Gebot dem ursprünglich davon ausgenommenen dinglich Berechtigten durch den Vertrag wieder in Geltung gesetzt wird. Jedoch ist diese Auffassung deshalb unhaltbar, weil ein obligatorisches Verhältnis nicht die Kraft hat, ein dingliches Recht zu beseitigen, sondern nur die Ausübung der dinglichen Berechtigung aufheben kann. Daraus folgt, daß dem dinglich Berechtigten seine Ausnahmestellung von dem allgemeinen Gebot auch nicht durch die Obligation genommen werden kann. Er begeht also in dem unterstellten Falle nur eine Vertragsverletzung, kein Delikt. Soll dem Berechtigten seine Ausnahmestellung genommen werden, so muß sein dingliches Recht vernichtet werden. Das ist aber nur möglich durch dinglichen Vertrag und eventuelle Eintragung ins Grundbuch.

Die vorstehenden Erörterungen über Ausschluß und Begründung der Rechtswidrigkeit beziehen sich in gleicher Weise auf den Tatbestand des § 823, 1 wie auf den des § 823, 2. Denn auch letzterer erfordert als Begriffsmerkmal die Rechtswidrigkeit im Deliktssinne.[2])

Unsere obigen Erörterungen können dagegen nicht herangezogen werden bei einem Verstoß gegen § 826, weil dieser Paragraph die Rechtswidrigkeit des schadenstiftenden Verhaltens nicht fordert. Vielmehr können auch an sich er-

[1]) Prym, a. a. O., S. 37.

[2]) Vergl. oben S. 28 und Anm. 2, 3 daselbst.

laubte Handlungen unter den § 826 fallen.[1]) Denn die Worte „in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise" kritisieren nicht wie das Wort „rechtswidrig" die objektive Seite des Verhaltens, sondern die Gesinnung des Schädigers, aus welcher sein Verhalten entsprang, also die subjektive Seite. Der Schuldner, der kraft eines Vertrages eine Befugnis zu der Einwirkung auf das fremde Rechtsgut hat, macht sich nach § 826 haftbar, wenn er durch diese Einwirkung in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise dem Gläubiger Schaden zufügt.[2]) Eine Einwilligung zu solcher Schädigung ist in dem Vertrage niemals zu finden. Andernfalls würde der Vertrag selbst gegen die guten Sitten verstoßen und deshalb nichtig sein.

§ 4.

Wir schreiten zur Untersuchung der Frage, ob das bestehende Vertragsverhältnis einen Einfluß auf den Deliktstatbestand ausüben kann in der Richtung, daß eine Einschränkung der Haftung auf einen höheren Verschuldensgrad, welche für den Vertrag durch Gesetz oder Parteiabrede festgestellt ist, auch auf das gleichzeitig vorliegende Delikt Anwendung findet. Gerade diese Frage ist eine der bestrittensten, und zwar deshalb, weil je nach ihrer Beantwortung ein Argument gegen oder für das Vorliegen einer Ansprüchekonkurrenz angenommen wird. Dabei werden die praktischen Folgen der jeweiligen Auslegung über Gebühr zur Beweisführung herangezogen und das „Gerechtigkeitsgefühl" auf Kosten strenger Gesetzesauslegung in den

[1]) Allgemeine Ansicht. Ob diese Handlungen dadurch, daß § 826 sie erwähnt, rechtswidrig werden, interessiert uns in diesem Zusammenhange nicht, weil in diesen Fällen erst nachträglich, durch die Art und Weise der Handlung die Rechtswidrigkeit begründet wird. Durch Vertrag im Voraus kann aber die Rechtswidrigkeit eines Verhaltens nur dann ausgeschlossen werden, wenn die Rechtswidrigkeit schon in dem Verhalten selbst liegt, ganz abgesehen von dem zukünftigen Benehmen des Schädigers.

[2]) Vergl. Anm. 1, S. 36. Sehr viele der dort erörterten Fälle werden sich als Verstoß gegen § 826 darstellen.

Vordergrund gestellt, so daß die Grundlagen der Frage verwischt werden. Wir wollen unter Vermeidung der gerügten Fehler versuchen, an der Hand des Gesetzes eine Entscheidung zu treffen.

Zunächst soll die Frage behandelt werden, ob die Beschränkung der Haftung auf einen höheren Verschuldensgrad, die kraft Gesetzes für das Schuldverhältnis Platz greift, auch auf das Delikt sich äußert.

Ein Argument für die Verneinung dieser Frage können wir aus der Rechtsentwicklung entnehmen. Im gemeinen Recht waren die Ansichten in diesem Punkte auch geteilt. Während nun die ältere Literatur sich fast durchgängig für die Einwirkung aussprach, entschied sich die jüngere Literatur im umgekehrten Sinne. Und in der Tat gibt Vangerow[1]) eine so ausführliche und treffende Begründung der letzten Ansicht, daß man für das gemeine Recht sich wohl in seinem Sinne entscheiden muß.[2])

Aber für unser jetziges Recht genügt dieses Argument nicht. Wir müssen aus dem B.G.B. selbst Gründe finden, mit denen wir die Ansicht der Gegner entkräften.

Liszt[3]) sagt: „Soweit durch besondere gesetzliche Bestimmungen die Haftung aus Vertrag auf schwerere Schuldarten eingeschränkt wird, ergreift diese Einschränkung auch den Deliktsanspruch . . . . . Man kann sagen, daß in allen diesen Fällen die lex spezialis der allgemeinen Vorschrift in § 823, 1 vorgeht."

Betrachten wir zunächst die im letzten Satz enthaltene Begründung der Ansicht, so finden wir einmal, daß Liszt

[1]) a. a. O., S. 612, Anm. 2.

[2]) Pernice, a. a. O., S. 78 ff., scheint uns bei Bekämpfung der Vangerowschen Ansicht die beiden Bedeutungen von culpa — Rechtswidrigkeit und Verschulden — nicht scharf zu scheiden (s. bes. S. 80). Betreffs des Beispiels, daß der zum Becher zu verarbeitende Stein beim Ausbohren zerbricht, vergl. die späteren Ausführungen S. 54.

[3]) Deliktsobl., S. 13, 14.

sich selbst widerspricht. Denn er vertritt gerade den Standpunkt der freien Konkurrenz der Ansprüche aus Vertrag und Delikt und bekämpft aufs heftigste die frühere Endemannsche Auffassung vom Verhältnis einer lex specialis zur lex generalis. In diesem Punkte soll nun aber doch der § 823 lex generalis zur Vertragsverletzung sein. Warum nur in diesem Punkte, warum nicht in seiner ganzen Geltung, dafür sucht man vergeblich nach einer Begründung. Aber abgesehen von diesem Widerspruch gibt der angezogene Satz auch gar keine Gründe für die Entscheidung der hier behandelten Frage. Denn nicht darum handelt es sich, festzustellen, ob und wie die Ansprüche konkurrieren, sondern darum, ob beide Tatbestände voll erfüllt sind, oder mit Rücksicht auf den einen Tatbestandsmerkmale des anderen entfallen.[1]) Selbst wenn die beiden Ansprüche im Verhältnis der lex specialis zur lex generalis stehen sollten, wäre damit noch keine Entscheidung getroffen, ob nicht beide Tatbestände voll erfüllt sind. Liszt begeht also den logischen Fehler, daß er das Verhältnis der beiden Ansprüche zueinander bestimmt, bevor er festgestellt hat, ob überhaupt beide Ansprüche bestehen. Seine Begründung der oben dargestellten Ansicht ist daher nicht stichhaltig.

Dagegen wird seine Ansicht u. E. durch das Gesetz widerlegt. Der § 823, 1 macht keine Unterschiede in dem Grade des Verschuldens, sondern knüpft schlechthin an jedes schuldhafte Verhalten die Ersatzpflicht. Hätte das Gesetz in besonderen Fällen Abstufungen im Grade des Verschuldens vornehmen wollen, so hätte es einen Vorbehalt in diesem Sinne machen müssen. Das konnte durch ausdrückliche Bestimmung geschehen, indem das Gesetz sagte: „Ist durch einen besonderen Umstand der Schädiger nur zu einem geringeren Maß von Sorgfalt verpflichtet, so tritt die Ersatzpflicht nur ein, wenn er dieses Maß von Sorgfalt nicht aufbrachte" — und dies wäre bei der Wichtigkeit der Frage

[1]) Vergl. oben S. 9 und Prym, a. a. O., S. 40, Anm. 4 und 5.

das richtige Verfahren seitens des Gesetzgebers gewesen —. oder es müßte sich der Vorbehalt im Wege zwingender Analogie gewinnen lassen.

Zur Gewinnung des Obersatzes für diesen Analogieschluß dürften aber nur die Bestimmungen des Deliktrechts herangezogen werden, weil die einzelnen Titel des 7. Abschnitts des II. Buches des BGB. die Regelung der jedem von ihnen unterstellten besonderen Verhältnisse bezwecken und diese Regelung abschließend treffen. Deshalb kann nicht ein Satz aus dem Kaufrecht analog angewendet werden auf einen Satz aus der Leihe und letzterer nicht auf einen Deliktsrechtssatz.[1]) Im Deliktsrecht haben wir aber keinen Rechtssatz, welcher für eine solche Änderung des § 823, 1 im Wege der Analogie uns den Obersatz bieten könnte.

Dagegen wäre es an sich möglich, daß der § 300, wonach der Schuldner bei Annahmeverzug des Gläubigers nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten hat, auch auf die Deliktsvorschriften Anwendung fände. Dieser Annahme steht aber entgegen, daß § 300 einen Schuldner und Gläubiger verlangt, also das Bestehen eines Vertrages voraussetzt und demgemäß die Haftungsbeschränkung wieder nur für den Umfang der durch den Vertrag jeweilig begründeten Pflichten aufstellen kann.

Liszts Auffassung also, wonach die für ein besonderes Vertragsverhältnis durch Gesetz bestimmte Haftungsbeschränkung auch auf den gleichzeitig vorliegenden Deliktstatbestand sich äußert, wird durch das Gesetz selbst widerlegt.

Von anderer Seite wird die Lisztsche Meinung damit zu begründen versucht, daß man in den Abschluß des Vertrages einen stillschweigenden Verzicht seitens des Geschädigten auf die Geltendmachung der Rechtsfolgen sieht.[2])

[1]) Eine Ausnahme besteht natürlich, wenn das Gesetz die Anwendung des Analogieschlusses ausdrücklich vorschreibt. Z. B. § 543, § 581, 2, § 606 usw. Gerade aus dem Umstande aber, daß das Gesetz die Analogie hier stets ausdrücklich vorschreibt, finden wir durch argumentum e contrario die Richtigkeit des obigen Satzes.

[2]) Pernice, a. a. O., S. 84ff. Stipanski, a. a. O., S. 47. Behrend, a. a. O., S. 37. Isay, a. a. O., S. 401 (ohne Begründung).

Aber findet diese Auslegung im Gesetz irgendeine Begründung? Ist es nicht vielmehr so, daß das Gesetz dann, wenn es zum Eintritt von Rechtsfolgen einen höheren Grad von Verschulden fordert, beim Vorliegen eines geringeren Verschuldensgrades keine Rechtsfolgen eintreten läßt, einfach aus dem Grunde, weil der Tatbestand nicht erfüllt ist? Aber selbst wenn man die Auffassung als Verzicht gelten lassen wollte, so könnte dieser Verzicht sich doch nur auf den Umfang der besonderen Vertragspflichten beziehen. Denn nur über diese, nicht auch über die allgemeinen Rechtspflichten werden durch den Abschluß des Vertrages Bestimmungen getroffen. Man könnte also den Verzicht nicht auch auf das Deliktsrecht ausdehnen.

Verfehlt scheint uns auch der Begründungsversuch Krückmanns[1]). Er geht davon aus, daß alle Vertragsverletzungen, welche mit einem geringeren als dem geforderten Verschuldensgrade vorgenommen würden, nicht rechtswidrig,[2]) also erlaubt seien. Wegen dieses Erlaubtseiens entfiele die objektive Rechtswidrigkeit und damit auch ein Tatbestandsmerkmal des Delikts. U. E. geht Krückmann bei dieser Deduktion von einer falschen Voraussetzung aus. Er zieht daraus, daß das Gesetz an eine schuldhafte Pflichtverletzung keine Rechtsfolgen knüpft, den falschen Schluß, daß diese Pflichtverletzung deshalb nicht rechtswidrig sei. Das entspricht aber gewiß nicht dem Geiste des Gesetzes. Vielmehr mißbilligt das Gesetz jede Verletzung von Rechtspflichten. Daß es in manchen Fällen keine Rechtsfolgen wegen der Pflichtverletzung eintreten läßt, hat seinen Grund darin, daß es in diesen Fällen gewisse edle Motive, welche den Schädiger zum Abschlusse des Vertrages bestimmten, berücksichtigen will.[3]) Krück-

[1]) a. a. O., S. 444 ff.

[2]) Derselben Ansicht: Engelmann in Staudinger II, 2, Vorbemerk. zu § 823, III b, S. 851.

[3]) Es handelt sich hier stets um unentgeltliche Verträge, der Schädiger hat also keinen Gewinn durch den Abschluß des Vertrages. Die ratio dafür, daß auch bei Annahmezug des Gläubigers sich die Haftung des Schuldners beschränkt, kann man wohl in der Erwägung

manns Auffassung hat aber außerdem die unerwünschte Folge, daß sie zu einer Verwischung der scharfen Grenzen zwischen Rechtswidrigkeit und Verschulden führt.[1]) Er ist sich selber dieser Folgen nicht bewußt, wenn er in diesem Zusammenhange sagt: „Verschulden und Rechtswidrigkeit sind unabhängig voneinander“.[2])

Im Gesetz findet also die Ansicht der Gegner keine Begründung. Nun wird aber von allen auf die Rechtsfolgen verwiesen, welche aus der Verneinung des Einflusses der gesetzlich für den Vertrag gemilderten Haftung auf das Delikt sich ergeben.[3]) Da wird geltend gemacht, daß die Haftungsbeschränkung einfach unanwendbar gemacht wird,[4]) daß alle Grade der Culpa überflüssig gemacht würden,[5]) daß die Aufstellung der Haftungsbeschränkung ein „bedeutungsloser Monolog“ des Gesetzes sei[6]) usw.

Allen diesen ist zu erwidern, daß doch nicht jede Vertragsverletzung ein Delikt darstellt, daß es vielmehr noch eine ganze Reihe von Fällen gibt, in denen sich die Pflichtverletzung lediglich als Vertragsverletzung darstellt.[7]) In diesen Fällen, wie z. B. Unmöglichkeit der Leistung, Verzug

finden, daß der Schuldner seine ihm vielleicht sehr lästigen Pflichten erfüllt hat und sie nun wider seinen Willen weiter betätigen muß, weil der Gläubiger zur Entgegennahme nicht bereit ist.

[1]) Vergl. seine weiteren Ausführungen.

[2]) a. a. O., S. 447.

[3]) Wir sind uns dessen wohl bewußt, daß eine Widerlegung dieser Ansichten erst erfolgen sollte, wenn die Konkurrenz des Vertrags- mit dem Deliktsanspruch nachgewiesen wäre. Allein es werden von allen Schriftstellern gerade in diesem Zusammenhang die obigen Erörterungen gemacht, so daß es uns angemessen erschien, auch schon an dieser Stelle die Rechtsfolgen zu behandeln. Doch geschieht es mit dem ausdrücklichen Hinweis, daß alle diese Erörterungen ihren Wert verlieren, falls wir im II. Teile unserer Abhandlung zur Verneinung der Ansprüchekonkurrenz kommen sollten.

[4]) Liszt, a. a. O., S. 13.

[5]) Pernice, a. a. O., S. 79.

[6]) Wrzeszinski, a. a. O., S. 45, Anm. 126, und Siber, Passivleg., S. 229, 230 (vgl. unten S. 57, Anm 3).

[7]) Vgl. Golde, a. a. O., S. 408.

und überhaupt allen Gefahren, die gerade Vertragsverhältnissen eigentümlich sind, kommt die feine Abstufung in dem Verschulden des Leistungspflichtigen, wie sie das Gesetz aufstellt, zur vollen Geltung.

Ferner entspricht unsere Auffassung auch durchaus dem Gerechtigkeitsgefühle, wenn der Schuldner nicht nur seine Vertragspflichten, sondern daneben noch seine allgemeinen Rechtspflichten verletzt. Denn durch den Vertrag tritt er in ein engeres Verhältnis zum Geschädigten, er hat ihm gegenüber mehr Pflichten als die übrigen Rechtsgenossen. Da entspricht es u. E. durchaus der Billigkeit, wenn er auf Grund seines mehrfachen Verpflichtungsverhältnisses zum Geschädigten diesem auch nach den mehreren Vorschriften haftet.[1]) Der Schuldner hat doch andererseits durch das Vertragsverhältnis manche Erleichterung, so z. B. die, daß in vielen Fällen die deliktische Rechtswidrigkeit ausgeschlossen

[1]) Liszt, a. a. O., S. 13, Anm. 5, läßt diese Deduktion nicht gelten, weil „die Gegenüberstellung von Vertragspflicht und allgemeiner Bürgerpflicht jeder festen begrifflichen Grundlage entbehrt". Es entspricht dies vollkommen seiner Auffassung, daß Vertrags- und allgemeine Rechtspflichten grundsätzlich gleich stehen (vergl. seine Ausführungen S. 10 unten und S. 11 oben: „die schuldhafte widerrechtliche Verletzung eines Forderungsrechtes ist für das unbefangene Auge in ihren rechtlichen Voraussetzungen wie in ihren rechtlichen Wirkungen ganz gleich der schuldhaften widerrechtlichen Verletzung eines dinglichen Rechts"). Dagegen haben wir im § 2 unserer Abhandlung den grundsätzlichen Unterschied zwischen beiden Verletzungen gefunden und damit die „feste begriffliche Grundlage" für obige Gegenüberstellung gewonnen.

Unserer Ansicht sind auch: Endemann, a. a. O., S. 1259 und Nr. 13 daselbst; Oertmann, Komm. Vorbem. zu § 823, N. 5a, pp. Planck, a. a. O., Vorbem. zu § 823, N. 5, S. 965, 966; Crome, Bürgerl. R., Bd. II, § 324, 5, S. 1015 und N. 32 daselbst; Dernburg, a. a. O., II, § 64, S. 151; Golde, a. a. O., S. 408; Kipp, D. J. Z. 03, S. 256, Sp. 1 a. E.; Langheineken, a. a. O., S. 193; Weyl, a. a. O., S. 268; v. Blume, a. a. O., S. 484; Fischer, a. a. O., S. 117—119; Enneccerus-Lehmann, a. a. O., § 358, II.

wird.[1]) Die Rechtsfolgen, welche bei Verneinung der Einwirkung der gesetzlich gemilderten Haftung auf das Delikt eintreten, sprechen demnach gerade für die Richtigkeit dieser Ansicht. Es entfällt somit auch dies Argument der Gegner.

Es hat demnach die gesetzliche Beschränkung der Haftung auf einen höheren Grad des Verschuldens für den Vertrag lediglich die Bedeutung, daß bei Vorliegen eines geringeren Verschuldensgrades der Tatbestand der Vertragsverletzung nicht vorliegt. Schuldhaft und rechtswidrig bleibt das Verhalten des Schädigers trotzdem. Man darf aus dem Nichteintreten der Haftpflicht nicht falsche Schlüsse ziehen, wie es Pernice[2]) und Krückmann[3]) besonders tun. Weil aber das Verhalten schuldhaft bleibt, kann auch die Deliktshaftung eintreten, sofern nur die übrigen Tatbestandsmerkmale des Delikts, vor allem die deliktische Rechtswidrigkeit[4]) vorliegen.

Bedenken gegen unsere Entscheidung könnte man viel-

[1]) Hierin sind die von Krückmann (a. a. O., S. 449) geforderten Erleichterungen zu finden. Er dehnt sie unzulässigerweise aus (vergl. unsere Ausführungen S. 46).

[2]) Pernice, a. a. O., S. 85, 86. Er verneint (in Bekämpfung eines Ausspruchs Vangerows, a. a. O., S. 614: „Die Theorie der Gegner ließe sich nur dann halten, wenn der m. E. unmögliche Beweis geführt werden könnte, daß . . . . . in diesen Fällen jedes geringe Versehen gar nicht als culpa angesehen werden dürfte) hier das Vorliegen einer Fahrlässigkeit, weil es eine „contradictio in adjecto wäre, von einer culpa zu reden, für die nicht gehaftet wird". Den Beweis für diesen Satz bleibt er schuldig. Wir glauben oben (S. 46 unserer Ausführungen) die ratio gefunden zu haben, weshalb in diesen Fällen keine Haftung bei leichter Fahrlässigkeit eintritt. Trotzdem bleibt die Fahrlässigkeit bestehen. Denn sie ist die „Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt" (objektiver Maßstab!), nicht etwa der nach Vertrag erforderlichen. Das, was Pernice als contradictio in adjecto bezeichnet, wird also Tatsache.

Derselben Ansicht wie Pernice ist anscheinend Kipp in Windscheid-Kipp, S. 950, Nr. I e. Vgl. unten S. 68, Anm. 4.

[3]) a. a. O., S. 444 ff. Er bestreitet das Vorliegen der Widerrechtlichkeit. Vergl. dagegen unsere Ausführungen oben S. 46.

[4]) Vergl. § 3 unserer Abhandlung.

leicht in dem Falle haben, daß für den Vertrag kraft Gesetzes ein subjektiver Maßstab der Fahrlässigkeit eintritt, daß also der Schädiger nur die in eigenen Angelegenheiten angewendete Sorgfalt gewährleisten muß. Sollte diese Änderung des Maßstabes zur Bestimmung der Fahrlässigkeit sich nicht auch auf das Delikt beziehen? Wir glauben auf Grund unserer Erörterungen zu der Entscheidung genötigt zu werden, daß auch hier die Bestimmung des Maßstabes sich nur auf das Vertragsverhältnis beziehen kann, daß dagegen für das Delikt der objektive Maßstab, wie ihn der § 276, 1 umschreibt, in Geltung bleibt.[1] [2])

Wie steht es nun in dem Falle, daß die Parteien für den Vertrag die Haftung herabsetzen? Bezieht sich diese Abrede auch auf das Delikt? Zuerst ergibt sich ohne weiteres aus § 276, 2, daß die Haftung für Vorsatz niemals erlassen werden kann. U. E. verstößt aber auch die Ausdehnung der Abrede betreffs Nichtvertreten von Fahrlässigkeit auf das Delikt gegen die guten Sitten. Denn einmal unterliegen die in § 823, 1 aufgezählten Rechtsgüter nicht alle der freien Verfügung ihres Inhabers, zum andern wäre die Folge einer solchen Abrede eine höchst unerwünschte Rechtsunsicherheit. Denn der Geschädigte hätte keinen Überblick darüber, welches seiner absolut geschützten Rechtsgüter

[1]) § 276 steht im allgemeinen Teile der Schuldverhältnisse und gibt die Regel an. Vergl. dagegen den Wortlaut von § 277: „Wer nur . . . . . .“ Der Wortlaut zeigt deutlich, daß es sich hier um eine Ausnahme handelt. Vergl. Wendt, a. a. O., S. 440.

[2]) Von den Vertretern unserer Ansicht wird des öfteren (z. B. Prym, S. 46) der § 1488 des Sächs. B.G.B. herangezogen, um die obige Entscheidung zu stützen. Jedoch darf u. E. hieraus kein Argument entnommen werden. Denn wenn ein Gesetz — wohl in Verkennung seiner Zwecke — der Entscheidung der Wissenschaft in einer Frage vorgreift, so ist daraus nicht der Schluß zu ziehen, daß die getroffene Entscheidung richtig sei. Auch gibt der angezogene § 1488 gar keine Entscheidung für unser jetzt geltendes Recht.

Der einzig mögliche Schluß, den wir aus dieser Bestimmung entnehmen können, ist der, daß es dem Gesetzgeber damals nicht widersinnig erschien, die Einwirkung der Haftungsbeschränkung auf das Delikt zu verneinen.

verletzt werden würde, ohne daß ihm ein Ersatzanspruch erwüchse. Ganz anders der Erlaß für den Vertrag. Hier handelt es sich um einen geschlossenen Kreis von Pflichten, und der Gläubiger kann die Verletzungsmöglichkeiten dieser Pflichten übersehen.[1]) Keinesfalls zulässig ist eine analoge Anwendung des § 276, 2, weil dieser Paragraph einen Schuldner voraussetzt, also von dem Vorliegen eines schon bestehenden Schuldverhältnisses ausgeht.

Zweifel können wieder auftauchen, wenn durch Vertragsabrede für die Bestimmung der Fahrlässigkeit ein subjektiver Maßstab vereinbart ist. Bezieht sich diese Vereinbarung auch auf das Delikt? Hier würde nach § 277 grobe Fahrlässigkeit stets zum Ersatze verpflichten. Jedoch entscheiden wir uns auch in dieser Frage aus den oben angeführten Gründen für die Unzulässigkeit der Ausdehnung der Abrede auf das Delikt. Es liegt auch hier im öffentlichen Interesse, im Interesse der Rechtssicherheit, daß jeder sich vorher aus dem Verkehr das Maß von Sorgfalt entnehmen kann, welches die anderen seinen absolut geschützten Rechtsgütern gegenüber aufbringen müssen. Diese Vorherbestimmung wird unmöglich bei Einführung eines subjektiven, nach den Fähigkeiten des einzelnen sich richtenden Maßstabes, da man die Fähigkeiten des einzelnen vorher meist nicht kennt.

Wir kommen demnach zu folgendem Ergebnis: die für den Vertrag, sei es durch gesetzliche Vorschrift, sei es durch

[1]) Derselben Ansicht sind auch: Rehbein, a. a. O., I, S. 185; Endemann, § 200, N. 13 a. E., und § 168, N. 19; Fischer, a. a. O., S. 119; a. A.: Crome, Bürgerl. R., II, § 325, N. 32 a. E.; Prym, a. a. O., S. 47, 48. Diese lassen einen Erlaßvertrag auch für das Delikt zu. Das stillschweigende Hinüberwirken der diesbezüglichen Vertragsbestimmung bezeichnen sie jedoch als eine in Zweifel zu verneinende Auslegungsfrage.

Unrichtig ist die Ansicht Cohns (a. a. O., S. 224), der ein Hinüberwirken der Vertragsabrede auf den Tatbestand des § 823, 1 verwirft, auf den des § 823, 2 aber zuläßt. Er kommt zu dieser Auffassung durch Verwechselung der objektiven Rechtswidrigkeit und des Verschuldens. (Näheres siehe Prym, a. a. O., S. 47.)

Parteiabrede, festgesetzte Haftungsbeschränkung auf einen höheren Verschuldensgrad äußert keinen Einfluß auf den gleichzeitig vorliegenden Deliktstatbestand.

Nun wird aber von Prym[1]) behauptet, daß das Vertragsverhältnis imstande sei, uns von Fall zu Fall den Maßstab dafür zu geben, welche Sorgfalt im Verkehr erfordert würde. In dieser Allgemeinheit ist der Satz u. E. unrichtig. Auch wir verkennen nicht, daß der objektive Maßstab kein starrer ist, sondern sich nach der konkreten Sachlage ändern kann. Aber daß der Vertrag an sich eine Bestimmung des Maßes der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt treffen kann, bestreiten wir. Zwar kann auf Grund des Vertrages eine Situation entstehen, welche das objektive Maß modifiziert. Aber dann ist es eben diese Situation, welche die Änderung dieses Maßstabes bewirkt, nicht der Vertrag als solcher, der für diese Frage ganz in den Hintergrund tritt, weil eine Vertragsberedung nicht imstande ist, ein objektives, für alle giltiges Maß zu schaffen.

Dies wird deutlich an den von Prym gewählten Beispielen: „Dem Mieter ist ein höchst gefahrbringender Gebrauch der Sache gestattet.“ Dann erfordert nach Prym[2]) der Verkehr wegen der eigenartigen Situation nur eine geringere Sorgfalt. Leistet der Mieter diese Sorgfalt, und entsteht durch den vertragsmäßigen gefährlichen Gebrauch ein Schaden, so haftet er überhaupt nicht, weil das Verschulden fehlt. Wie steht es aber dann, wenn der Mieter dasselbe Maß von Sorgfalt anwendet bei einem zwar ganz ungefährlichen, aber vertragswidrigen Gebrauch der Sache?[3])

[1]) a. a. O., S. 49—51.

[2]) a. a. O., S. 49. Er sagt dies zwar nicht ausdrücklich, doch ergibt es sich aus dem Zusammenhange seiner Erörterungen. U. E. wäre aber auch der umgekehrte Schluß möglich. Je gefahrbringender die Situation, desto größer die Sorgfalt, welche der Verkehr erfordert, um Verletzungen fremder Rechtsgüter zu vermeiden.

[3]) Z. B. jemand vermietet ein Pferd zu einem gefährlichen Hindernisrennen. Der Mieter aber benutzt das Pferd zum Drehen des Göpels auf seinem Gutshof. Dabei stolpert das Pferd über einen Gegenstand, den der Mieter nicht aus dem Wege räumte, und bricht ein Bein.

Wenn Pryms Ansicht richtig wäre, läge auch hier kein Verschulden vor, da ja das Vertragsverhältnis das erforderliche Maß von Sorgfalt allgemein herabgesetzt hätte. Es haftete deshalb auch hier der Schuldner nicht. U. E. aber läge hier sowohl Delikt als auch Vertragsverletzung vor, weil die Situation eine solche war, die ein höheres Maß von Sorgfalt erforderte. Es wechselt das Maß der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt eben nach der konkreten Sachlage.

Prym muß aber den oben angeführten Satz aufstellen, um in vielen Fällen unbillige Resultate zu vermeiden. Und zu diesen unbilligen Resultaten kommt er, weil er keinen rein objektiven Maßstab dafür annimmt, wie weit die Rechtswidrigkeit durch das Bestehen eines Vertrages ausgeschlossen werden kann, sondern als Maßstab dafür die „Einwilligung des Verletzten in den Erfolg“ [1]) aufstellt. Er müßte also den Mieter, der bei dem vertragsgemäßen gefährlichen Gebrauch die Mietssache verletzt, aus Delikt haften lassen, wenn er nicht in diesen Fällen ein anderes Tatbestandsmerkmal des Delikts eliminierte.[2]) Wir dagegen schließen in diesem Falle die Rechtswidrigkeit im Deliktssinne aus und erkennen deshalb schon das Vorliegen des Deliktstatbestandes nicht an. Für uns entfällt damit die Notwendigkeit, das Vorhandensein des Verschuldens zu prüfen.

In gleicher Weise können wir auch die anderen Beispiele von Prym lösen.[3]) Die Eisenbahn-Verwaltung, welche reglementsmäßig Güter in offenen Wagen befördert, wobei diese durch die Funken der Lokomotive in Brand geraten, haftet nicht, weil für den Vertrag die Haftung für Fahrlässigkeit ausgeschlossen ist, zum Tatbestande des Delikts aber die Rechtswidrigkeit fehlt. Denn die Beförderung der

[1]) Vergl. § 3 unserer Abhandlung.

[2]) Auch Krückmann (a. a. O., S. 445, 447) bekämpft hier Prym mit Recht. „Der Versuch Pryms, das Verschulden zu beseitigen, wo es ihm unbequem ist, kann . . . . nicht bestehen.“

[3]) a. a. O., S. 49, 50, Anm. 3, und Dernburg, a. a. O., II, § 64, II, 3a.

Güter war eine nach Maßgabe des Vertragszweckes erlaubte Einwirkung auf das fremde Eigentum. Ebenso ist der in den Quellen behandelte und von Pernice[1]) für seine Ansicht verwertete Fall zu entscheiden, wonach dem Künstler die Haftung für Beschädigungen des Steines, den er zum Becher ausdrehen soll, erlassen wird. Zum Delikt fehlt auch hier die objektive Rechtswidrigkeit der Handlung und für eine etwaige Vertragsverletzung ist die Haftung für Fahrlässigkeit ausgeschlossen.[2])

Bei dieser Auslegung entfällt für uns die Notwendigkeit, die oft unmögliche Unterscheidung zu treffen, wann Erlaß der Haftung im voraus und wann überhaupt kein Verschulden vorliegt.[3]) Wir haben nur die Frage zu beantworten, ob gegebenenfalls der Schuldner die im Verkehr erforderliche Sorgfalt verletzt hat. Nach unserer Ansicht kann aber die Parteiabrede niemals eine Änderung dieses objektiven Maßstabes herbeiführen, sondern kann nur einen Erlaß der Haftung bedeuten. Dieser Erlaß hat aber, wie wir oben gesehen haben, nur Wirkung für den Vertrag.

Zweiter Hauptteil.

§ 5.

Der erste Teil unserer Abhandlung war der Frage gewidmet, inwiefern das Vorliegen eines Vertragsverhältnisses zwischen Schädiger und Geschädigtem einen Einfluß auf die zur Entstehung des Deliktsanspruches erforderlichen Tatbestandsmerkmale ausüben kann. Als Ergebnis fanden wir, daß dem Vertrage nur hinsichtlich der objektiven Rechtswidrigkeit eine Beeinflussungsfähigkeit zugestanden werden

[1]) a. a. O., S. 83.

[2]) Ähnlich, aber nicht unter genügend scharfer Unterscheidung zwischen Rechtswidrigkeit und Verschulden, Crome, D. J. Z., 1904, S. 18 ff.

[3]) Vergl. Prym, a. a. O., S. 51, Anm. 2 a. E.

kann. Abgesehen von diesen im § 3 behandelten Fällen werden bei einem Verhalten, das sich als Delikt darstellen würde, wenn kein Vertrag vorläge, alle Tatbestandsmerkmale zur Entstehung des Deliktsanspruches erfüllt, auch wenn ein Vertrag vorliegt.

Es erhebt sich jetzt die Frage nach dem Verhältnis der beiden Ansprüche zueinander. Liegt eine Ansprüchekonkurrenz oder eine Gesetzeskonkurrenz[1]) vor? Die Entscheidung dieser Frage hat eine ganz erhebliche praktische Bedeutung. Liegt nämlich eine Ansprüchekonkurrenz vor, so bestehen zwei selbständige Ansprüche nebeneinander. Jeder dieser Ansprüche untersteht seiner speziellen gesetzlichen Regelung, die in verschiedenster Weise voneinander abweichen, z. B. hinsichtlich der Verjährungsfrist, des Ersatzes immateriellen Schadens, der Aufrechenbarkeit, der Vertretung des Verschuldens von Angestellten usw. Diese Inkongruenz der Rechtsfolgen kann man aber nicht etwa dadurch beseitigen, daß man die Bestimmungen, welche für den einen Anspruch getroffen sind, auch auf den anderen anzuwenden sucht. Eine solche Analogie verbietet sich durch das Fehlen jeglichen Obersatzes.[2]) Diese Inkongruenz wird nur dann vermieden, wenn man zu dem Schluß gelangt, daß Vertrags- und Deliktsanspruch in Gesetzeskonkurrenz zueinander stehen, mit anderen Worten, daß die Gesetzesbestimmungen, aus denen der Vertragsanspruch resultiert, sich als leges speciales zu den leges generales der Deliktsvorschriften darstellen.[3]) Bevor wir jedoch zur Erörterung dieser Frage

[1]) Nach Hellwig, Anspr. und Klagr., S. 90, Anm. 2.

[2]) Dieser Ansicht tritt, wenn auch nicht entschieden, Hellwig in der D. J. Z., 1906, S. 1290, bei.

[3]) An sich wäre auch die Annahme möglich, daß die Deliktsvorschriften leges speciales zu den Vorschriften über Vertragsverletzung wären. Diese Ansicht wird jedoch von keinem ernstlich vertreten. Vergl. Krückmann (a. a. O., S. 431), der mit seinen Ausführungen nur die Unhaltbarkeit der Ansicht nachweisen will, welche die Vertragsverletzung ohne nähere Begründung als lex speciales zur Deliktsvorschrift auffaßt. In diesem Zusammenhange sagt er, daß die Sachbeschädigung nach § 823, 1 mit ebenso viel Berechtigung als Spezial-

schreiten, müssen wir festzustellen suchen, daß unser geltendes Privatrecht beide Arten von Konkurrenz kennt. Denn kämen wir zu dem Resultat, daß dem B.G.B. nur die eine Art bekannt wäre, so könnten, falls wir aus unseren Erörterungen auf das Vorliegen der anderen Art von Konkurrenz schlössen, unsere Gegner als Argument für ihre Ansicht anführen: unsere Art von Konkurrenz kenne das Gesetz nicht. Dieser Begründung wäre dann bei der Bestrittenheit unserer Frage eine erhebliche Beweiskraft nicht abzusprechen.

Indessen ist es nicht schwer, aus dem Gesetzbuche den Beweis zu erbringen, daß es beide Arten von Konkurrenz kennt. So liegt zweifellos das Verhältnis von lex specialis zur lex generalis vor, z. B. in den §§ 522 zu 288.[1]) Andererseits stehen die Bestimmungen über unerlaubte Handlungen und ungerechtfertigte Bereicherung zweifellos völlig gleichwertig nebeneinander, wie sich aus dem Wortlaute des § 852, 2 zwingend ergibt.[2]) Somit entfällt die Möglichkeit, das oben erwähnte Argument vorzubringen. Wir können zur Entscheidung der Hauptfrage schreiten:

„Wie verhalten sich die Deliktsvorschriften zu den Vorschriften über die Vertragsverletzung?“

Von einer Reihe von Schriftstellern wird die Ansicht vertreten, daß die Vorschriften über Vertragsverletzung leges speciales zu den Deliktsvorschriften wären. So von

vorschrift zum Verwahrungsvertrag aufgefaßt werden könne, wie umgekehrt, da ein Verstoß gegen diesen Vertrag in der mannigfaltigsten Weise, nicht nur durch Sachbeschädigung vorgenommen werden könnte.

[1]) In vielen Fällen ist die Entscheidung sehr zweifelhaft. Z. B. wie verhalten sich die Vorschriften über Gewährleistung bei Kauf, Miete etc. zu den allgemeinen Vorschriften über gegenseitige Verträge der §§ 320 ff.

[2]) Prym bezeichnet diesen Fall der Kürze wegen als das Verhältnis von lex specialis zu lex specialis.

Hellwig[1]), Litten[2]), Siber[3]). Sie glauben z. T. ihre Ansicht mit Bestimmungen aus dem B.G.B. belegen zu können. So vor allem Hellwig[4]), der den § 618, 3 zum Beweise der Richtigkeit seiner Ansicht anführt. Seine Erörterungen in diesem Punkte gehen davon aus, daß der § 618, 3, wonach sich die Haftung des Dienstherren, der seinen Verpflichtungen hinsichtlich des Lebens, der Gesundheit des Dienstverpflichteten nicht nachkommt, nach einigen Vorschriften des Deliktsrechts bestimmt, eine Ausnahme aufstelle, aus der sich zwingend die Regel ergäbe, daß eine Vertragsverletzung kein Delikt sei.[5])

Diese Ausführung ist auch nach unserer Ansicht vollkommen richtig, nur kann sie nicht als Argument gegen das Vorliegen einer Ansprüchekonkurrenz vorgebracht werden.[6]) Denn von keiner Seite wird behauptet, daß die reine Vertragsverletzung zugleich auch Deliktsfolgen habe.[7])

[1]) Anspr. und Klagr., S. 90, Anm. 2. Zivilprozeßrecht, S. 266 ff.

[2]) D. J. Z., 1905, S. 341.

[3]) Passivleg, S. 229, 230. Er kommt zu dieser Auffassung, weil er die Zahl der Fälle, in denen lediglich eine Vertragsverletzung vorliegt, nicht richtig erkennt (vergl. §§ 2 und 3 unserer Abh.). So stellt er den Satz auf, daß die Vorschriften über Vertragsverletzung bei Annahme einer Ansprüchekonkurrenz nur dann Anwendung fänden, wenn der geschädigte Vertragsgegner nicht zugleich dinglich Berechtigter an der Sache wäre. Da nun aber nicht anzunehmen ist, daß das Gesetz zwecks Regelung eines einzigen Falles so eingehende Vorschriften geben würde, bleibt für ihn nur der Schluß, daß eine Konkurrenz zwischen beiden Ansprüchen nicht stattfindet.

[4]) a. a. O., Zivilprozeßrecht, S. 268 oben.

[5]) Stellte man diese Regel nicht auf, so müßte man den § 618, 3 als eine Einschränkung der Haftung des Dienstherrn auffassen. Eine solche Auslegung ist aber unter Berücksichtigung der ratio legis unhaltbar.

[6]) Vergl. Prym, a. a. O., S. 57, 58.

[7]) Denn auch die Vertreter der Ansicht, daß die Vertragsverletzung unter den Wortlaut des § 823, 1 falle, lassen die speziellen Regelungen, welche für die einzelnen Verträge getroffen sind, der allgemeinen Bestimmung des § 823, 1 vorgehen. So Crome (Bürgerl. R. II, § 325, 4a), Enneccerus-Lehmann (a. a. O., § 359). Gerade diese beiden Schriftsteller geben aber die Konkurrenz der Ansprüche aus Vertrag

Und nur bei einer solchen Auffassung hätte die Hel-wigsche Argumentation Beweiskraft, da sich nur dann un-

und aus Delikt zu, wenn neben der Vertragsverletzung auch ein Delikt vorliegt. Konsequenterweise müßten sie doch wenigstens die Anwendung des § 823, 1 verneinen (vergl. Cosack, a. a. O., II, S. 603 und unsere Ausführungen S. 28 bis 30), wenn sie nicht den Satz aufstellen wollen, daß die Vorschrift des § 823, 1 z. T. lex generalis, z. T. lex specialis zu den Bestimmungen über Vertragsverletzung ist. Jedoch auch bei dieser Ansicht ist im einzelnen Falle die Bestimmung für sie sehr schwierig, und seitens ihrer Gegner leicht widerleglich, welches Verhalten erforderlich ist, um die Änderung im Verhältnisse der beiden Ansprüche zueinander eintreten zu lassen. Die Angemessenheit der Rechtsfolgen des Verhaltens, die sich bestimmen nach den ganz verschiedenen Haftungsgrundsätzen, gibt doch nur einen sehr unbestimmten Maßstab dafür. Es wird dem Gerechtigkeitsgefühle die Entscheidung anheimgegeben. Ganz anders bei unserer Auffassung, wonach die Vertragsverletzung auch nicht unter den Wortlaut des § 823, 1 fällt (vergl. § 2 unserer Ausführungen).

Auch Fischer ist zu den Vertretern dieser Ansicht zu zählen. Er bezeichnet zwar die Konkurrenz als Gesetzeskonkurrenz, beseitigt aber die Folgerungen aus seiner Lehre dadurch, daß er Bestimmungen, welche für den einen Anspruch gegeben sind, auf den anderen hinüberwirken läßt. So erhält er zwar einen einzigen Anspruch, diesen aber als ein Konglomerat aus Bestimmungen des Delikts- und Vertragsrechtes. Eine solche Konstruktion entbehrt aber jeder Stütze im Gesetz (vergl. unsere Ausführungen S. 55).

Mit Recht bekämpft Titze (a. a. O., S. 453) hier den erwähnten Schriftsteller. Aber den weiteren Ausführungen Titzes können wir uns nicht anschließen. Er verneint überhaupt die Möglichkeit der Konkurrenz. Entweder nämlich läge Vertragsverletzung vor, dann träte nach dem Satz lex specialis derogat legi generali nur die lex specialis in Wirkung, oder es läge allgemeine Rechtsgüterverletzung vor, dann könnte nur die lex generalis zur Wirkung kommen. Das Merkmal, ob gegebenenfalls das eine oder das andere der Fall, findet Titze in dem Begriff der „Vertragsverletzung", dem er, ähnlich wie „Betriebsunfall", „Dienstbeschädigung" eine technische Bedeutung beilegt. „Vertragsverletzung ist diejenige Schadensverursachung, welche mit dem Inhalte und dem Zwecke der Obligation in einem allgemeinen, normalen" — nach seiner Ansicht fast — „adäquaten Kausalzusammenhange steht."

Dieses Merkmal ist aber ein sehr unsicheres und reicht vor allem nicht aus, um alle Fälle, die zweifellos deliktische Merkmale an sich tragen, auch den Deliktsnormen zu unterstellen. Das wird deutlich an

lösbare Widersprüche ergeben. Hellwig stützt sich in seiner Ausführung hauptsächlich auf das gleichzeitige Vorliegen des § 823, 2, weil er in § 618, 3 ein Schutzgesetz erblickt. Zweifellos stellt ja dieser Paragraph eine Schutzvorschrift dar, aber keine im Sinne des § 823, 2, weil es sich hier nur um ein relatives, kein absolutes Gebot handelt, d. h. weil die in § 618, 3 aufgestellte Verpflichtung nur einen einzelnen kraft besonderen Verpflichtungsgrundes trifft, nicht die Allgemeinheit.[1]) Die bloße Vertragsverletzung würde also auch unter diesem Gesichtspunkte betrachtet

den von Titze herangezogenen Beispielen: der Mieter einer herrschaftlichen Wohnung benutzt die Muster der Seidentapete als Zielscheiben beim Pistolenschießen, der Entleiher von Papyrusurkunden zündet damit Feuer an, der Entleiher venezianischer Gläser treibt damit Jongleurkünste. Alle diese Schadensverursachungen stellen sich nach Titze als „Vertragsverletzung" dar. Wir glauben, daß man in allen diesen Fällen den Geschädigten doch zu sehr des Rechtsschutzes beraubt, wenn man den Schädiger nur aus Vertrag haften läßt. Ein Resultat, welches unserem Rechtsgefühle viel mehr entspricht, finden wir bei Anwendung der oben Seite 34, 35 vorgeschlagenen Methode, indem wir fragen: War die Einwirkung durch den Vertragszweck gerechtfertigt? In den obigen drei Fällen kommen wir zur Verneinung dieser Frage, das Verhalten der Schädiger war demnach deliktisch rechtswidrig und verhaftet deshalb nach Deliktsvorschriften.

Der Maßstab Titzes also, wann lediglich lex specialis, und wann lediglich lex generalis zur Anwendung kommt, befriedigt uns keineswegs.

Andererseits ist es uns auch unverständlich, warum nur die lex generalis eintreten soll, wenn zwar das Verhalten sich vorwiegend als allgemeine Rechtsgüterverletzung darstellt, nebenher aber auch den Tatbestand der Vertragsverletzung erfüllt. Titze (Seite 450) führt als Beispiel an: Es verletzt jemand einen anderen, indem er diesem einen Korb voll Kohlen schenkt, unter denen sich Dynamit befindet. Warum in diesem Falle der Schädiger nicht auch als Schenker haften soll, weshalb hier sein Verhalten „der lex specialis nicht mehr unterstehen" soll, wird uns aus den Titzeschen Ausführungen nicht deutlich. Vielmehr macht uns das Beispiel gerade klar, daß es Fälle gibt, in denen ein Verhalten sich zugleich als Vertragsverletzung und als Delikt erweist.

[1]) Vergl. oben S. 22 unserer Abhandlung.

nicht unter die Deliktsvorschriften fallen.[1]) Hellwigs Ausführungen widerlegen somit nur die oben bezeichnete, von keiner Seite verfochtene Ansicht, nicht dagegen die Auffassung, daß eine Ansprüchekonkurrenz vorliege, wenn derselbe Vorgang außer dem Tatbestand der Vertragsverletzung auch den des Delikts erfüllt.

Hellwig[2]) führt zum Beweise seiner Auffassung des weiteren den § 687, 2 an. In dieser Vorschrift, welche von der uneigentlichen bösgläubigen Geschäftsführung handelt, werden dem Geschäftsherren neben dem Anspruch aus auftragloser Geschäftsführung noch weitere Ansprüche zugebilligt. Gemeint können nur die Ansprüche aus Delikt sein, Deshalb nun, weil die anderen Vorschriften dieses Titels diesen Vorbehalt nicht haben, sind nach Hellwigs Ansicht die Deliktsvorschriften dort ausgeschlossen. Jedoch ist diese Folgerung sehr gewagt wegen der Ausnahmestellung des § 687, 2. Wie sich nämlich aus der Entstehungsgeschichte ergibt,[3]) sollte ursprünglich der in § 687, 2 geregelte Fall schlechthin unter die Deliktsvorschriften fallen weil alle Voraussetzungen für die auftraglose Geschäftsführung fehlten. Nur in der Erwägung, daß der Geschäftsherr dadurch u. U. nicht zu seiner vollen Befriedigung käme, wurden ihm durch die zweite Kommission noch die Ansprüche aus der Geschäftsführung gegeben. So erklärt sich auch die Fassung des Paragraphen, der den Geschäftsfüh-

[1]) Allerdings könnte man zweifelhaft sein, ob nicht eine Vertragsverletzung, die eine Verletzung des Lebens oder der Gesundheit des Vertragsgegners herbeiführte, nicht stets auch Delikt sei. Daß es aber selbst bei dieser Auffassung Fälle gibt, wo die ausdrückliche Erwähnung der §§ 842—846 von Bedeutung ist, weist Prym (a. a. O., S. 57, 58) an dem Beispiele nach, daß dem Dienstberechtigten gegebenenfalls der Exkulpationsbeweis aus § 831 gelingt. Er würde dann trotz Vorliegen des Delikts nur nach den Vorschriften der §§ 249 ff. haften. Bei der Bestimmung des § 618, 3 dagegen wird die Haftung durch die §§ 842—846 umgrenzt.

[2]) Zivilprozeß-R., S. 267 und N. 65 daselbst.

[3]) § 761, Entw. I (Mot. Bd. II, S. 870, Prot. Bd. II, S. 741, 742).

rungsanspruch lediglich als den subsidiären erscheinen läßt,[1]) auf den sich der Geschäftsherr ausdrücklich berufen muß. Bei den anderen Bestimmungen fehlte die Notwendigkeit der ausdrücklichen Erwähnung, weil das Primäre der Anspruch aus der Geschäftsführung ist. Das Verhältnis des § 687, 2 zu den anderen Vorschriften des 11. Titels ist demnach folgendes. § 687, 2 gehört gar nicht in den Titel über die Geschäftsführung. Der dort geregelte Fall ist nur Delikt und hätte seine Stellung im 25. Titel finden sollen.[2]) Dagegen handeln die übrigen Bestimmungen des 11. Titels von der auftragslosen Geschäftsführung und regeln diese, ohne auf den Fall Rücksicht zu nehmen, daß gleichzeitig mit Verletzung einer dieser Vorschriften noch ein Delikt gegen den Geschäftsherren begangen wird.[3]) Es scheidet demnach der § 687, 2 aus diesem Zusammenhange aus und kann keine Grundlage für die Folgerung geben, daß dort, wo das Gesetz keinen solchen Vorbehalt zugunsten der Deliktsvorschriften macht, diese nicht neben dem Geschäftsführungsanspruch und demnach auch nicht neben dem Anspruch aus einem Vertrage gegeben sein könnten.[4])

Wir glauben im vorstehenden den Nachweis erbracht zu haben, daß sich aus den von den Vertretern der Gesetzeskonkurrenz herangezogenen Gesetzesbestimmungen das Vorliegen der Gesetzeskonkurrenz zwischen Delikts- und Vertragsanspruch nicht feststellen läßt. Streng genommen bedürfte es keines weiteren Beweises dafür, daß bei Vorliegen einer Vertragsverletzung und eines Delikts die beiden Ansprüche nebeneinander geltend gemacht werden können, daß

[1]) Vergl. Prym, a. a. O., S. 58.

[2]) Ähnlichkeit in der Sachlage mögen bei der Unterbringung an dieser Stelle des Gesetzes maßgebend gewesen sein.

[3]) Wird doch dieser Fall auch nicht in den anderen Titeln geregelt (vergl. Anm. 4).

[4]) Selbst wenn man Hellwig seine Folgerung zugestehen wollte, wäre damit noch nicht gesagt, daß nicht der Anspruch aus Geschäftsführung und aus Delikt konkurrieren könnten, wenn außer der Verletzung der Vorschriften aus Geschäftsführung noch ein Delikt vorläge. Die Hellwigsche Folgerung bezöge sich dann nur auf den

also eine Ansprüchekonkurrenz vorliegt.[1]) Denn aus der Anordnung des Gesetzes, welches die Vertragsvorschriften und die unerlaubten Handlungen in den einzelnen Titeln des 7. Abschnittes des II. Buches nebeneinander behandelt, ist notwendig der Schluß zu ziehen, daß die einzelnen Normen nebeneinander völlig gleichwertig sind, daß also auch die aus den Normen fließenden Ansprüche gleichwertig nebeneinander bestehen. Wollte das Gesetz diese Gleichwertigkeit im einzelnen Falle beseitigen, so mußte es seinen Willen entweder ausdrücklich oder stillschweigend durch Gewährung eines zwingenden Schlusses kundgeben. Beides fehlt, wie oben dargetan, in unserem Falle.

Jedoch glauben wir auch einen positiven Beweis für die Richtigkeit der Annahme einer Ansprüchekonkurrenz erbringen zu können.

Von manchen Vertretern unserer Ansicht[2]) wird der § 682 zum Beweise herangezogen, wonach der nicht voll geschäftsfähige Geschäftsführer nur nach den Vorschriften über den Schadenersatz wegen unerlaubter Handlung und über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung haftet. Sprachlich ist nun der Schluß zulässig, daß, wenn der nicht voll Geschäftsfähige nur nach diesen Vorschriften

Fall, daß lediglich eine Verletzung der durch die Geschäftsführung begründeten Pflichten vorläge. Es ergäbe sich eine ähnliche Deduktion wie die oben S. 57—60 für den § 618, 3. Zu dieser Analogie glauben wir berechtigt zu sein in Anbetracht der Stellung und der auch in anderen Punkten analogen Behandlung der auftraglosen Geschäftsführung im B.G.B. — Fehlt ihr doch zum Vertrage lediglich das Erfordernis des formellen consensus, während der materielle consensus in dem „Handeln im Interesse des Geschäftsherrn mit Rücksicht auf dessen wirklichen oder mutmaßlichen Willen" zu finden ist. Sollte im Hinblick hierauf nicht auch in diesem Punkte der Analogieschluß gerechtfertigt sein, auch bei der auftraglosen Geschäftsführung einen Komplex von Rechten und Pflichten aufzustellen, deren Verletzung lediglich nach den für dies besondere Verhältnis aufgestellten Bestimmungen haftbar macht?

[1]) Krückmann, a. a. O., S. 430 (letzter Absatz).
Prym, a. a. O., S. 62, 63.

[2]) v. Liszt, Del. Obl. § 2, V; Isay, a. a. O., S. 400.
Stipanski, a. a. O., S. 17; Fischer, a. a. O., S. 96.

haftet, der voll Geschäftsfähige auch nach diesen Vorschriften haftet.[1]) Dieser Schluß ist jedoch unzulässig, wie sich aus folgender Erwägung ergibt.[2]) In § 682 sind Deliktsanspruch und Anspruch auf ungerechtfertigte Bereicherung nebeneinander gestellt. Zieht man nun den obigen Schluß, so muß man auch den Bereicherungsanspruch mit dem Geschäftsführungsanspruch konkurrieren lassen. Die Möglichkeit dieser Konkurrenz ist sehr bestritten.[3]) unmöglich aber ist es, daß ein Vertragsanspruch mit dem Bereicherungsanspruch konkurriert. Die beiden Tatbestände schließen einander aus, weil der „Bereicherungsanspruch seinem Wesen nach bedingt ist durch das Erlangen auf Kosten des anderen". Von einem Erlangen auf Kosten des anderen kann man aber nicht sprechen, solange dem Geschädigten auf Grund eines Vertrages ein Anspruch zusteht, den er jederzeit realisieren und damit dem Bereicherten die Bereicherung wieder entziehen kann. Dieser Anspruch ist das Äquivalent für die

[1]) Daß der Schluß übrigens nicht zwingend ist, weist Golde (a. a. O., S. 397) nach.

[2]) Prym, S. 59, 60, will schon deshalb die Zulässigkeit dieses Schlusses verneinen, weil § 682 nur von der auftragslosen Geschäftsführung handelt, und es einen Schluß a minore ad majus bedeuten würde, die Bestimmung auch auf Verträge auszudehnen. Dieser Erwägung können wir nicht beitreten wegen der grundsätzlich dem Vertrage analogen Behandlung der auftraglosen Geschäftsführung im B.G.B. (vergl. oben S. 61, Anm. 4).

[3]) Unserer Ansicht nach ist diese Konkurrenz ausgeschlossen, weil das Vorhandensein des Geschäftsführungsanspruches das Erlangen auf Kosten des Berechtigten ausschließt (vergl. oben den folgenden Text). Auch in dieser Beziehung ist der Geschäftsführungsanspruch analog dem Vertragsanspruch zu behandeln. (Derselben Ansicht: Prym, S. 60, Anm. 1, und Krückmann, S. 440.)

Zwar können sich Geschäftsführungs- und Bereicherungsanspruch decken (§ 683, § 687, 2). Doch wird ersterer deshalb nicht zum Bereicherungsanspruch. Vielmehr hat das Gesetz, um nur eine einmalige Regelung treffen zu brauchen, die Haftungsgrundsätze des Bereicherungsanspruches durch Verweisung auch für den Geschäftsführungsanspruch in Geltung gesetzt. (Ebenso: Hellwig, Zivilprozeß-R., S. 268, N. 71; Prym, S. 60, Anm. 1; v. Mayr, a. a. O., S. 362; a. A.: Planck, II, Vorbem. zu § 812, Note 5.)

Bereicherung. „Zur Bereicherung auf Kosten des Berechtigten wird sie erst, wenn dieser seinem Anspruche keine andere Grundlage zu geben vermag, als das ungerechtfertigte Haben des Bereicherten.“ [1])

Wegen der Unmöglichkeit der Konkurrenz zwischen Vertrags- und Bereicherungsanspruch verbietet sich der erwähnte Schluß aus § 682 auch hinsichtlich der Konkurrenz des Vertrags- mit dem Deliktsanspruch.

Aus einem anderen Grunde ist aber eine Gesetzeskonkurrenz zwischen Vertrags- und Deliktsanspruch ausgeschlossen, nämlich weil beide Ansprüche einen ganz verschiedenartigen Entstehungsgrund haben. Zwar handelt es sich um denselben äußeren Vorgang, aber dieser verstößt gegen Rechtsnormen, welche verschiedene Rechtsobjekte schützen. Die Vertragsnorm schützt die Vertragsrechte des Vertragsgegners, die Deliktsnorm die absoluten Rechtsgüter. Wegen dieser Verschiedenheit der geschützten Rechtsobjekte kann von einer Gesetzeskonkurrenz nicht die Rede sein, vielmehr werden durch den einen äußeren Vorgang mehrere Tatbestände erfüllt und bringen die ihnen immanenten Ansprüche zur Entstehung. Ganz gleichgültig ist es, ob die mehreren Ansprüche das rechtliche Interesse des Geschädigten in gleicher Weise wahrnehmen oder nicht. [2])

Völlig klar wird uns der Unterschied zwischen den beiden Tatbeständen, wenn wir von dem Falle ausgehen, daß der von seinem Vertragsgegner Geschädigte nicht zugleich der durch § 823 Geschützte ist. Z. B. der Mieter verletzt durch vertragswidrigen Gebrauch die Mietssache, welche dem Vermieter nicht gehört. Zweifellos steht hier dem Eigentümer der Sache ein Anspruch aus § 823, 1 gegen den Schädiger zu, daneben aber auch dem Vermieter wegen

[1]) v. Mayr, a. a. O., S. 358. Anderer Ansicht: Planck, II, Vorbem. zu § 812, N. 5: Er beachtet wohl nicht genügend das Erlangen „auf Kosten“ des anderen. Vergl. die weiteren Ausführungen v. Mayrs, a. a. O., S. 363.

[2]) Krückmann, a. a. O., S. 435; Hölder, Arch. zivil. Praxis, Bd. 93, S. 16; Peters, a. a. O., S. 58.

Verletzung des Vertrages.[1]) Soll sich die hier zweifellos vorliegende Ansprüchekonkurrenz plötzlich in eine Gesetzeskonkurrenz verwandeln, wenn Vermieter und Eigentümer dieselbe Person sind? Zu dieser Annahme fehlt es an jeder Begründungsmöglichkeit. Wir müssen uns deshalb auch in unserem Falle für das Vorliegen einer Ansprüchekonkurrenz entscheiden.[2])

Dieses Ergebnis findet eine Stütze auch in der Eigenart des Deliktsanspruches, selbständig neben andere Ansprüche zu treten. Diese Eigenart ergibt sich deutlich aus § 852, 2, wonach dem Geschädigten auch nach der Verjährung des Deliktsanspruchs der Anspruch auf die ungerechtfertigte Bereicherung zusteht. Aus dem Wortlaut des Paragraphen folgt, daß vor der Verjährung des Deliktsanspruchs beide Ansprüche nebeneinander bestehen.[3]) Daß andererseits die oben erwähnte Eigenart nicht dem Bereicherungsanspruch zuzusprechen ist, ergeben unsere Erörterungen oben, aus denen wir ersahen, daß der Bereicherungsanspruch niemals neben den Vertragsanspruch treten kann.

Unsere Auffassung, daß Vertragsanspruch und Deliktsanspruch miteinander konkurrieren, findet schließlich auch in der Rechtsentwickelung eine Stütze. Denn sowohl im

[1]) Langheineken, a. a. O., S. 139.

[2]) Schwer verständlich ist uns die abweichende Ansicht Hellwigs. In seinem Zivilprozeß-R. S. 269, § 38, I, 2a, und in Anspr. und Klagr. S. 92 legt er die Grundsätze der Ansprüchekonkurrenz ganz im obigen Sinne dar. Bei der Anwendung dieser Grundsätze aber auf das Verhältnis zwischen Vertrags- und Deliktsanspruch setzt er sich mit seinen eigenen Ausführungen in Widerspruch und nimmt nur einen einzigen Tatbestand als vorliegend an, der unter verschiedene Gesetzesregeln fällt. Vielleicht hat Krückmann (a. a. O., S 439, Anm. 1) den Schlüssel zur Lösung dieses Widerspruchs gefunden, wenn er sagt: „Hellwig verwechselt den objektiven Tatbestand des historischen Geschehens und den Tatbestand des erhobenen Anspruchs."

[3]) Ebenso Prym, a. a. O., S. 61.

v. Mayr, a. a. O., S. 360: „Das Gesetz mißt der unerlaubten Handlung nicht die Bedeutung bei, daß sie den dadurch erzeugten Tatbestand vollkommen absorbiert, sondern nur zu den sonst dadurch begründeten Verpflichtungsverhältnissen ein neues Verpflichtungsmoment hinzufügt."

römischen wie im gemeinen Rechte war die Möglichkeit der Konkurrenz zwischen Vertragsklage und der actio ex lege Aquilia unbestritten.[1]) Falsch wäre es aber, wollte man hieraus ohne weiteres schließen, daß auch nach B.G.B. die beiden Ansprüche konkurrieren müßten. Denn das römische Recht kannte noch nicht wie unser jetziges Recht fest umgrenzte Tatbestände, sondern beurteilte den historischen Vorgang ex aequo et bono nach seiner Subsumierbarkeit unter irgendeine Vertragstype. Feste Rechtsnormen waren ihm zumeist unbekannt. Aus dem Standpunkte des römischen und gemeinen Rechtes ist einmal nur der Schluß gerechtfertigt, daß es beiden Rechten sehr wohl angängig erschien, demselben Berechtigten gegen denselben Verpflichteten aus einem historischen Vorgange zwei auf Befriedigung desselben rechtlichen Interesses — Ausgleich der Beschädigung — gerichtete Klagen nebeneinander zu gewähren, obgleich diese Klagen unter verschiedenen Haftungsgrundsätzen standen. Zum zweiten ist noch folgender Schluß gerechtfertigt: Das Recht der Schuldverhältnisse des B.G.B. wurzelt im gemeinen Recht und lehnt sich auch in seinen Einzelbestim-

[1]) Es möge in unserem Zusammenhange genügen, nur auf einige Digestenstellen hinzuweisen, ohne auf eine nähere Interpretation derselben einzugehen. Denn unsere Aufgabe will sich nur mit dem Verhältnis des Vertrags- zum Deliktsanspruch nach geltendem Recht befassen und braucht das frühere Recht demnach nur insoweit heranzuziehen, als man daraus — unter dem Gesichtspunkte der Rechtsentwickelung betrachtet — Argumente für das geltende Recht gewinnen kann.

Von Digestenstellen seien hier genannt (vergl. oben S. 11):
ad legem Aquiliam (D 9, 2): L. 7 § 8 — L 18 — L 27 §§ 11 und 34.
Ferner: L. 47 § 1 D pro socio (17, 2)
L 30, § 2 D locati (19, 2),
L 18, § 1 D commodati (13, 6),
L 43, D locati (19, 2).

Im gemeinen Recht beschränken ältere Schriftsteller das Anwendungsgebiet der lex Aquilia auf außerkontraktliche Verhältnisse. Später jedoch wurde die Konkurrenzmöglichkeit der Vertrags- mit der Deliktsklage allgemein zugegeben. So z. B. Windscheid, Actio S. 31 (§ 6), Savigny, a. a. O., S. 226; Eisele, a. a. O., S. 327 ff.; Vangerow, a. a. O., § 681, Anm. 3; Pernice, a. a. O., S. 78 (VII); Wächter, Pand. § 96, Beilage I A, V (S. 495).

mungen in den meisten Fällen an dieses an. Sonach kann man diesen Teil des B.G.B. als eine Fortentwickelung des gemeinen Rechts ansehen. Unter Berücksichtigung dieser Tendenz unseres Gesetzbuches ist die Vermutung wohl begründet, daß in allen Fällen, wo das B.G.B. nicht ausdrücklich oder stillschweigend eine vom römischen und gemeinen Recht abweichende Regelung trifft, die Entscheidung, welche jene beiden Rechte getroffen haben, auch für unser Recht Geltung hat.[1])

Dieser Schluß genügt aber in unserem Zusammenhange. Denn wie wir oben sahen, ist aus den Bestimmungen des B.G.B. eine vom römischen und gemeinen Rechte abweichende Regelung unserer Frage nicht zu entnehmen.[2]) [3])

Wir kommen aus diesen Gründen zu dem Ergebnis, daß auch das B.G.B. den Vertragsanspruch mit dem Deliktsanspruch konkurrieren läßt, wenn derselbe Tatbestand sich sowohl als Vertragsverletzung als auch als Delikt darstellt.[4]).

[1]) Vergl. Litten, Röm. Recht und Pand. R., S. 21 ff.

[2]) Ob wir in den Motiven zum Entwurf des B.G.B. ein Argument für unsere Entscheidung finden, erscheint uns zweifelhaft. Stipanski (a. a. O., S. 15, 16) führt zwei Stellen aus den Motiven an (Bd. II, S. 727 zu § 704 und S. 747 zu § 722). Wie aber schon Prym (S. 56, Anm. 2) richtig ausführt, passen diese Stellen gar nicht zu unserer Frage, da in beiden Fällen nur von dem Vorliegen einer Vertragsverletzung ausgegangen wird. Selbst wenn man jedoch die von Stipanski diesen Stellen gegebene Bedeutung für unsere Frage anerkennen wollte, bliebe dies ein sehr zweifelhaftes und leicht anfechtbares Argument. Da uns aber für die Entscheidung unserer Frage so unzweifelhafte Gründe zur Verfügung stehen, können wir auf dieses Argument verzichten.

[3]) Über die Heranziehung des § 1488 des Sächs. B.G.B. als Argument für unsere Ansicht ist dasselbe zu sagen wie oben S. 50, Anm. 2.

[4]) Derselben Ansicht sind u. a.: Endemann, a. a. O., § 200, S. 1257—1259 und N. 10—14 daselbst. Jedoch fehlt ihm eine feste Formel, nach der er das Vorliegen beider Tatbestände feststellt. — Dernburg, II, 1, § 64; II, 2, S. 150. — Crome, Bürgerl. R. II,

Dieser Auffassung steht auch nicht der Umstand entgegen, daß die beiden Ansprüche verschiedene Rechtsfolgen zeitigen und unter ungleichartigen Haftungsgrundsätzen stehen. Denn wie wir schon oben Seite 48 sahen, ent-

§ 324, 5 und D. J. Z., 04, S. 14 ff. — Kipp, D. J. Z., 03, S. 256 a. E. — Planck, II, Vorbem. zu § 823, N. 5. — Oertmann, Komm. Vorbem. zu § 823, N. 5 a δ u. Schad.-Ers.-Anspr., S. 3. — Langheineken, a. a. O., S. 139. — Peters, a. a. O., S. 58. — Prym, a. a. O., S. 62, 63. — Krückmann, a. a. O., S. 435. — Isay, a. a. O., S. 400. — Golde, a. a. O., S. 408. — Enneccerus-Lehmann, a. a. O., § 358, II. — Weyl, a. a. O., S. 267, 268. — R. G. Z. Bd. 59, S. 105; R. G. in der D. J. Z., 06, S. 967.

O.L.G. 13, Nr. 16, S. 253: Die Konkurrenz der beiden Ansprüche wird hier fälschlich als Gesetzeskonkurrenz bezeichnet, und zwar in dem Sinne, daß nur ein Anspruch entsteht, der sich aber nach den Grundsätzen der beiden Gesetzesvorschriften bestimmt. Ähnlich Fischer. Vergl. dagegen oben S. 57, Anm. 7.

Unklar ist uns die Auffassung Kipps in Windscheid-Kipp, II, S. 950, N. 1e. Er nimmt anscheinend noch eine Teilung vor innerhalb der Fälle, in denen Vertrags- und Deliktsanspruch konkurrieren. Wird nämlich „im Rahmen eines bestehenden Rechtsverhältnisses" ein Delikt begangen, so soll nach Kipp zwar Konkurrenz der Ansprüche stattfinden, der Vertragsanspruch soll jedoch hinsichtlich des Maßes des zur Haftung erforderlichen Verschuldens auf den Deliktsanspruch hinüberwirken. Anders in den Fällen, wo der Schuldner nur in Ausnutzung einer ihm durch das Rechtsverhältnis gebotenen Gelegenheit ein Delikt begeht. Hier soll ein solches Hinüberwirken des Vertragsanspruches auf den Deliktsanspruch nicht stattfinden.

Abgesehen davon, daß die Grenzlinie zwischen beiden Fällen meist sehr flüssig sein wird, widerspricht die Kippsche Auffassung auch unserem in § 4 gewonnenen Resultate. Kipp gibt keine Begründung für das Hinüberwirken des Vertrags- auf den Deliktsanspruch. U. E. hat Kipp es unterlassen, die Fälle, in denen das bestehende Rechtsverhältnis Tatbestandsmerkmale des Delikts beseitigt, und in denen deshalb nur ein Anspruch zur Entstehung kommt, von denen zu trennen, wo tatsächlich alle Tatbestandsmerkmale beider Ansprüche erfüllt sind. Wie sich nämlich aus den weiteren Ausführungen Kipps ergibt, bedeutet „im Rahmen des bestehenden Rechtsverhältnisses" weiter nichts als „gerechtfertigt" durch das bestehende Rechtsverhältnis. Ist aber ein Verhalten durch das Rechtsverhältnis gerechtfertigt, so entfällt die deliktische Widerrechtlichkeit, und es kann nur der Vertragsanspruch zur Entstehung kommen.

spricht es durchaus dem Gerechtigkeitsgefühle, daß der Schuldner, welcher in doppelter Weise seinen Gläubiger verletzt, auch in doppelter Weise haftet. Das bestehende Schuldverhältnis, welches ein noch engeres Band zwischen Gläubiger und Schuldner knüpft, als es die „allgemeine" Rechtspflicht tut, stellt nicht etwa eine charta libertatis zur ersatzpflichtlosen Begehung von Delikten dar. Beide Tatbestände sind vielmehr völlig unabhängig voneinander. Eine Einwirkung des einen läßt sich nur denken, soweit der Vertrag eine bestimmte Einwirkung auf die fremde Sache gestattet und damit dieser Einwirkung die deliktische Rechtswidrigkeit nimmt.[1]) Dann liegt überhaupt kein Delikt vor.[2]) Sind beide Tatbestände aber erfüllt, dann gewährt auch

[1]) Das Reichsgericht will allerdings noch in anderer Beziehung eine Einwirkung von Vertragssätzen auf das Delikt zugestehen. So in der Entscheidung R. G. Z. Bd. 59, S. 104. Es handelt sich hier um die Frage, ob der arglistig getäuschte Käufer, der die Sache in Kenntnis des Mangels vorbehaltlos annahm, dennoch die Deliktsklage aus § 826 anstellen könne. Das Reichsgericht verneint diese Frage, weil „der Schadensersatz aus arglistigem Verschweigen eines Fehlers durch die vorbehaltlose Annahme der Sache in Kenntnis des Fehlers unter allen Umständen ausgeschlossen würde (§ 464). Daher könne dieser Ausschluß auch der Geltendmachung des Schadensersatzes mit der Klage aus unerlaubter Handlung entgegengesetzt werden". Dieser Begründung ist keineswegs beizustimmen. Denn in der vorbehaltlosen Annahme ist nicht die Einwilligung des Geschädigten in die schadenstiftende Handlung des Schädigers zu erblicken, welche die Rechtswidrigkeit der Handlung ausschlösse. Also bleibt der Tatbestand des Delikts nach § 826 bestehen. § 826 ist aber auch nicht lex generalis zu § 464 (vergl. § 5 unserer Abh.). Eine Einwirkungsmöglichkeit der beiden Tatbestände aufeinander ist demnach in keiner Weise anzuerkennen (vergl. auch Prym, S. 63, Anm. 3, und Krückmann, a. a. O., S. 452ff.).

Aber in manchen Fällen werden wir dennoch zu einer ähnlichen Entscheidung wie das Reichsgericht kommen, jedoch aus einem ganz anderen Gesichtspunkte, nämlich durch Anwendung des § 254, 2. Des öfteren wird nämlich die vorbehaltlose Annahme der Sache trotz Kenntnis ihres Mangels sich so deuten lassen, daß der Geschädigte schuldhaft unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern. Dann hat er bei der Entstehung des Schadens mitgewirkt und seinen Anspruch auf Schadensersatz ganz oder teilweise verwirkt.

[2]) Vergl. oben § 3.

jeder von ihnen die ihm eigentümlichen Rechtsfolgen Gerade das entgegengesetzte Resultat wäre unbillig, so z. B. wenn der Mißhandelte deshalb, weil er zu seinem Peiniger zufällig in einem Lehrverhältnis steht, nicht Ersatz seines immateriellen Schadens verlangen könnte.

Allerdings ist zuzugeben, daß unsere Entscheidung dann unbillig werden kann, wenn der Tatbestand einer unerlaubten Handlung erfüllt ist, welcher zur Schadensersatzpflicht kein Verschulden erfordert,[1]) z. B. wenn der Schädiger als Tierhalter haftbar wird. Als besonders unbillig ist die Entscheidung gefunden worden, daß derjenige, welcher aus Gefälligkeit einen anderen auf seinem Wagen mitnimmt, haftbar wird, wenn der Fahrgast durch das Tier vor dem Wagen verletzt wird. Um dieses unbefriedigende Resultat zu vermeiden, sind die verschiedensten Versuche gemacht worden. Hellwig und Litten[2]) greifen zu dem Ausweg, daß sie das Vorliegen einer Gesetzeskonkurrenz zwischen Vertrags- und Deliktsrecht behaupten. Aus unseren Erörterungen im vorliegenden Teile unserer Abhandlung ersahen wir, daß

[1]) Streng genommen gehört dieser Fall nicht in unsere Abhandlung, weil hier von einer Konkurrenz der Ansprüche nicht die Rede ist. Vielmehr liegt nur ein einziger Anspruch — der aus Delikt — vor. Trotzdem erschien uns ein kurzes Eingehen auf diesen Fall angebracht, weil er für manche Schriftsteller anscheinend den Beweggrund bildete, weshalb sie sich für das Vorliegen einer Gesetzeskonkurrenz zwischen Vertrags- und Deliktsanspruch entschieden (vergl. Oertmann, D. J. Z. 04, S. 141, 142).

[2]) Hellwig, D. J. Z. 06, S. 1298 ff.; Litten, D. J. Z. 05, S. 339 ff.

Hellwig gerade kommt durch seine Auffassung zu einer unbilligen Entscheidung im entgegengesetzten Sinne, indem er dem Geschädigten zu viel nimmt. Er erkennt dies selbst an, wenn er am Schlusse seiner Ausführungen a. a. O., S. 1291 sagt: „Wir gelangen sonach bereits de lege lata in Beziehung auf Vertragsverhältnisse zu dem Ergebnis, welches diejenigen erstreben, die die Haftung des Tierhalters materiell . . . von einem Verschulden abhängig machen wollen. Vom sozialpolitischen Standpunkte aus ist dieses Ergebnis gewiß nicht erwünscht. Abhilfe ist durch Ausdehnung der Versicherung zu schaffen."

diese Auffassung nicht haltbar ist. Andere, z. B. Träger[1], sehen in dem Abschluß des Vertrages einen stillschweigenden Ausschluß der Anwendung des § 833. Diese Auslegung hat die große Schwäche, daß sie einen gültigen Vertrag voraussetzt, so daß z. B. gerade der minderjährige Tierhalter schutzlos bliebe. Das Reichsgericht versucht eine Unterscheidung in den Verträgen nach der Richtung zu treffen, daß es feststellt, wie weit der Geschädigte in jedem Falle eine Einwirkungsfähigkeit auf das Tier besaß, ob er es in seiner unbeschränkten Gewalt hatte, oder ob es noch der Herrschaft des Tierhalters unterstand.[2]) Diese Unterscheidung ist aber einmal zu flüssig und beseitigt auch nur in einer beschränkten Zahl von Fällen das oben genannte unbillige Ergebnis. Neuerdings hat Krückmann[3]) einen weiteren Ausweg gesucht, indem er den Begriff der „Gefährdungsaufrechnung" aufstellt. „Wie der Verschuldenshaftung die Verschuldensaufrechnung nach § 254, so entspricht der Gefährdungshaftung die Gefährdungsaufrechnung."

Seine Konstruktion wäre vielleicht zulässig, wenn § 254 tatsächlich auf Verschuldenshaftung beschränkt wäre. Dies ist indessen nicht der Fall. Vielmehr verlangt § 254 Verschulden nur auf seiten des Geschädigten, während es auf seiten des Schädigers lediglich Verursachen des Schadens voraussetzt.[4]) Daraus aber, daß das Gesetz im § 254 auch die Gefährdungshaftung regelt und ihr gegenüber ebenfalls nur eine Verschuldensaufrechnung anerkennt, müssen wir schließen, daß dem Gesetz eine „Gefährdungsaufrechnung" unbekannt ist.

v. Blume[5]) will die Haftung nach § 833 deshalb entfallen lassen, weil die Verletzung geschah in der Verwirklichung einer durch den Vertrag geregelten Gefahr. Denn

[1]) a. a. O., S. 319, Anm. 1.
[2]) R. G. Z. Bd. 50, S. 247, Bd. 54, S. 73, Bd. 58, S. 412, 413. Gesetz und Recht, Jahrg. IX, Heft 7, S. 161—163.
[3]) Krückmann, a. a. O., S. 466 ff.
[4]) Planck, II, § 254, Note 1 und 2.
[5]) a. a. O., S. 483.

„soweit das Schuldverhältnis diese Regelung gibt, ist ausgeschlossen, daß dieselbe Tatsache unter dem Gesichtspunkt der unerlaubten Handlung beurteilt werde. Vertragsgefahr ist keine außervertragliche Gefahr".

Wir können in diesen Ausführungen v. Blumes keine stichhaltige Begründung finden. Denn steht man nicht auf dem oben verworfenen Standpunkte der Gesetzeskonkurrenz — und diesen Standpunkt bekämpft ja auch v. Blume —, so muß man doch alle die Ansprüche anerkennen, deren Tatbestände durch den historischen Vorgang erfüllt sind.

Wie wir oben sehen, kann der Vertrag allerdings das Tatbestandsmerkmal der Rechtswidrigkeit aus dem Delikt eliminieren, und zwar derart, daß alle Eingriffe in die fremde Rechtssphäre, welche dem Zwecke des Vertrages entsprechen, nicht rechtswidrig sind[1]). Ist eine solche Einwirkung des Vertrages aber nicht festzustellen, so erzeugt der historische Vorgang eben den Deliktsanspruch.

Und dies ist der Fall auch in dem unterstellten Beispiele. Der Tatbestand des § 823 B.G.B. ist erfüllt. Denn eine Einwirkungsmöglichkeit des Vertrages auf das Delikt st nicht gegeben, weil Verletzung eines Menschen niemals dem Zwecke des Transport-Vertrages entsprechen kann. Somit muß auch der Anspruch aus § 833 zur Entstehung kommen.

Es bleibt uns deshalb nichts anderes übrig, als uns mit dem unbilligen Resultate abzufinden. Dies können wir um so eher, als ja ohnehin der Tierhalterparagraph, abgesehen von unserem Falle, oft zu unbilligen Ergebnissen geführt hat und deshalb der Zielpunkt heftiger Angriffe geworden ist.[2]) Immerhin lassen sich die Anwendungsfälle

[1]) Nach diesem Maßstab bestimmt ja auch v. Blume die Grenzen der Vertragsrechte und -pflichten.
(cfr. S. 483, 484.)

[2]) Der § 833 hat ja jetzt auch eine Einschränkung durch die lex Treuenfels erlitten, durch welche für eine ganze Reihe von Fällen das Verschuldensprinzip eingeführt ist. Es werden dadurch die dem Rechtsbewußtsein widersprechenden Entscheidungen sich erheblich verringern

des § 833 und damit die Zahl der ungerechten Entscheidungen einschränken, wenn nur eine enge Auslegung des Begriffs des Tierhalters gesucht und streng der Kausalzusammenhang zwischen Tierestat und schädigendem Erfolge geprüft wird. [1])

§ 6.

Es kann nun aber der Fall vorliegen, daß der äußere Vorgang, welcher den Tatbestand der Vertragsverletzung und des Delikts erfüllt, auch die Tatbestandsmerkmale der §§ 985 ff. verwirklicht.[2]) Hier fragt es sich, ob unser oben in § 5 gewonnenes Resultat dadurch eine Änderung erfährt oder ob etwa nun drei Ansprüche reell nebeneinander bestehen.

Die letzte Möglichkeit ist u. E. von vornherein von der Hand zu weisen. Denn darin kann man wohl ohne weiteres der herrschenden Meinung zustimmen, daß die Deliktsvorschriften neben den Ansprüchen aus §§ 985 ff. nicht zur Anwendung kommen können, weil die Ansprüche aus dem Eigentume in den angezogenen Paragraphen eine spezielle Regelung erfahren haben [argumentum aus §§ 992 und 993[3])].

[1]) Vergl. Litten, D. J. Z., 05, S. 340.
Litten, Ersatzpflicht des Tierhalters, S. 13, 72 bis 83, 86 bis 94.
Es kann in diesem Zusammenhange natürlich nicht unsere Aufgabe sein, die schwierige Frage der Tierhalterhaftung und des Kausalzusammenhanges eingehend zu erörtern. Wir begnügen uns mit obigen Angaben und verweisen auch betreffs des Kausalzusammenhanges auf die in der D. J. Z., 08, S. 251 abgedruckte Entscheidung des Reichsgerichts, sowie auf die in O. L. G., Bd 14, S. 44 ff. erfolgte Zusammenstellung der Entscheidungen verschiedener Oberlandesgerichte bezüglich der Tierhalterhaftung.

[2]) Dies ist der Fall bei allen Verträgen, welche den Besitz einer Sache durch den Schuldner voraussetzen, also Miete, Pacht, Leihe, Verwahrung usw. — Eine eventuelle Modifikation unseres oben in § 5 gewonnenen Resultats durch die Vorschriften über den Eigentumsanspruch kann sich naturgemäß nur auf „Verletzung des Eigentums oder eines sonstigen Rechts“ beziehen.

[3]) Planck, III, Vorbem. zu §§ 987 bis 993, Note 1. Biermann, Vorbem. zu § 987. Prym, a. a. O., S. 68 ff.

Kommen wir daher zu dem Ergebnis, daß die Ansprüche aus den §§ 985 ff. neben die Ansprüche aus dem Vertrage treten können, so sind wir gezwungen, in diesen Fällen die Anwendbarkeit der Deliktsvorschriften zu leugnen. Wir haben daher zuvörderst zu untersuchen, in welchem Verhältnis zueinander die Vertragsansprüche zu denen aus dem Eigentum bestehen.

Die Fassung des Gesetzes gibt uns gar keinen Anhalt. Die §§ 985 ff. sprechen schlechthin vom Eigentümer und Besitzer, so daß es sprachlich ohne weiteres zulässig ist, diese Vorschriften auch auf solche Verträge anzuwenden, bei denen der eine Kontrahent Eigentümer, der andere Besitzer ist. Jedoch verbietet sich u. E. aus sachlichen Gründen die gleichzeitige Anwendung der Vertragsvorschriften und der §§ 985 ff. Wir kämen nämlich zu ganz unhaltbaren, ja zum Teil sich widersprechenden praktischen Ergebnissen.

Die §§ 985 ff. regeln neben der Herausgabepflicht des Besitzers auch seine Pflicht zum Schadenersatze und zur Herausgabe der Früchte. Eine eingehende Regelung dieser Punkte treffen aber auch die Vorschriften über jene Verträge, welche den Besitz des Schuldners als wesentliches Vertragsmerkmal fordern, z. B. die §§ 581, 591 bis 593 betreffs der Pacht. Es würde nun derselbe äußere Vorgang notwendigerweise stets den Tatbestand zweier Gesetzesnormen erfüllen und damit zwei Ansprüche zur Entstehung bringen, welche in ihrer Einzelregelung beträchtlich voneinander abweichen. Noch krasser zeigt sich der Widerspruch bei dem Verwahrungsvertrage. Hier ist der Besitzer überhaupt nicht zur Fruchtziehung berechtigt. Jedenfalls muß er aber die trotzdem gezogenen Früchte herausgeben. Nach § 993 wäre er jedoch zur Herausgabe der Früchte nicht verpflichtet.[1]) Also zwei Bestimmungen, welche sich durchaus widersprechen.[2]) Ein solches Ergebnis kann aber un-

[1]) Er ist ja im guten Glauben hinsichtlich seines Rechtes zum Besitze (vergl. Prym, a. a. O., S. 76 ff).

[2]) Das aus dem Verwahrungsvertrage entnommene Argument entfällt allerdings, wenn man der Ansicht ist, daß der Verwahrer nicht Besitzer, sondern lediglich Besitzdiener ist.

möglich im Willen des Gesetzes liegen. Eine der beiden Vorschriften muß unanwendbar bleiben, welche von beiden, das haben wir festzustellen.

Eine Hilfe bei dieser Feststellung kann uns die eigentümliche Natur des Besitzes geben. Er ist ein farbloser Begriff, ein tatsächlicher Zustand, der die verschiedenartigste und unbeschränkte Einwirkung auf die im Besitz befindliche Sache gestattet. Seinen Inhalt und seine feste Umgrenzung erhält dieser Begriff erst durch das Hinzutreten eines Rechtes. Dies bestimmt das Maß der rechtlich zulässigen Einwirkung auf die Sache. Es normiert einen speziellen Besitzbegriff. In diesem Sinne spricht die Wissenschaft von Mietbesitz, Verwahrungsbesitz etc. und deutet durch diese Bezeichnung an, daß der Besitz hier durch das betreffende Rechtsverhältnis seine scharfe Umgrenzung erhalten hat. Aus dem Umstande aber, daß die Vertragsvorschriften einen umgrenzten, speziellen Besitzbegriff voraussetzen, ergibt sich, daß sie leges speziales zu den leges generales der §§ 985 ff. sein müssen, welche vom Besitz schlechthin sprechen und jenen generellen Besitzbegriff im Auge haben, der eine Umgrenzung durch ein Rechtsverhältnis nicht gefunden hat.

Übrigens scheint uns die hier vertretene Ansicht auch eine Stütze im Gesetze selbst zu finden, nämlich in dem § 991, 2. Es handelt sich hier um den Fall, daß der Besitzer den Besitz einem anderen, z. B. kraft eines Mietvertrages, überlassen hat und dadurch mittelbarer Besitzer geworden ist. Klagt hier der Eigentümer auf Herausgabe der Sache, so ist ihm der Mieter gemäß der ausdrücklichen Vorschrift des § 991, 2 nach Maßgabe des Mietvertrages verantwortlich. Selbst in diesem Falle also, wo den Eigentümer mit dem Besitzer gar kein Rechtsverhältnis verbindet und der Eigentümer eigentlich die in § 989 gewährten Ansprüche in vollem Umfange geltend machen könnte, tritt die Vertragsvorschrift als lex specialis in Kraft. Ist da der Schluß a majore ad minus nicht gerechtfertigt, daß auch dann die Vertragsvorschrift lex specialis zu

den §§ 985 ff. ist, wenn der Eigentümer selbst der Vermieter ist?

Wir müssen aus den vorausgegangenen Erörterungen folgern, daß die Anwendbarkeit der §§ 985 ff. auf den Fall beschränkt ist, daß dem Eigentümer kein anderes Rechtsverhältnis als sein Eigentum zu Gebote steht, um die Herausgabe seines Eigentums zu erzwingen. Ein bestehendes Rechtsverhältnis dagegen schließt als lex specialis die Geltendmachung dieser Ansprüche aus.[1])

Einer Einschränkung bedarf dieses Resultat aber hinsichtlich des § 985. Dem Vertragsverhältnis kann nicht die Kraft zugesprochen werden, den dinglichen Herausgabeanspruch des Eigentümers zu vernichten. Es hat nur die Fähigkeit, die Geltendmachung dieses Anspruchs für die Dauer des Bestehens des Vertragsverhältnisses zu suspendieren. Daher gibt der § 986 dem Besitzer auch nur eine dilatorische Einrede auf Grund des bestehenden Vertragsverhältnisses gegenüber dem Herausgabeanspruch des Eigentümers aus § 985.[2])

Wir kommen zu dem Ergebnis, daß die Vertragsvorschriften die Anwendung der Bestimmungen der §§ 985 ff. ausschließen. Diese Bestimmungen ihrerseits schlossen wieder die Geltendmachung der Deliktsansprüche aus. Infolge des obigen Ergebnisses entfällt somit der Grund zur Ausschliessung der Deliktsvorschriften, und wir kommen zu dem

[1]) Vergl. Oertmann, Komm., Vorbem zu § 823, N. 5c.

Derselben Ansicht ist jetzt auch Siber, Passivleg., S. 233 ff. und 248 bis 252, im Gegensatz zu seiner früheren im „Rechtszwang", S. 120, 121, vertretenen Auffassung, wonach er die Vorschriften über Vertragsverletzung modifiziert werden ließ durch die Vorschriften der §§ 985 ff. Vergl. für seine jetzige Auffassung besonders Seite 248, Anm. 1.

[2]) Derselben Ansicht ist, wenn auch nicht begründet, Prym, a. a. O., S. 67, Anm. 4. So auch die herrschende Ansicht, vergl. Wolff, a. a. O., S. 5, Zitelmann, Archiv zivil. Praxis, S. 33 usw. Anderer Ansicht: Siber, Rechtszwang, S. 133 bis 137, und Passivleg., S. 234 ff. Er läßt auch § 985 durch die Vertragsvorschriften ausgeschlossen sein. Es erübrigt sich, in unserem Zusammenhange auf diese Frage näher einzugehen.

Resultat, daß unser in § 5 gewonnenes Ergebnis dadurch, daß die verletzende Handlung auch unter den Tatbestand der §§ 985 ff. sich subsumieren läßt, keine Änderung erleidet.[1]) Grund: die Subsumtionsmöglichkeit der Handlung unter die Vorschriften der §§ 985 ff. ist bei bestehendem Vertragsverhältnis nur eine scheinbare. In Wirklichkeit sind diese Vorschriften leges generales zu den leges speciales der Vertragsbestimmungen.

In unserem Ergebnis kommt auch die ratio legis klar zur Erscheinung. Unbillig wäre es, jeden, der in leicht fahrlässiger Unkenntnis des Rechtes eines anderen zum Besitze die Sache an sich nimmt, z. B. den Ersitzer, nach den strengen Deliktsvorschriften haften zu lassen. Mit Recht stellt daher das Gesetz in den Fällen, wo der Besitzer sich auf kein Rechtsverhältnis berufen kann, alles auf den guten Glauben des Besitzers hinsichtlich seines Rechts zum Besitze ab. In den Fällen aber, wo der Besitzer kraft eines bestehenden Rechtsverhältnisses zum Besitze berechtigt ist, legt dies den Umfang seiner Besitzbefugnis fest. In diesem Falle muß im Interesse der Rechtssicherheit verlangt werden, daß der Besitzer den Umfang seiner Befugnis genau kennt. Überschreitet er auch nur in leichter Fahrlässigkeit sein Recht und begeht dadurch ein Delikt, so ist kein Grund ersichtlich, weshalb er milder haften soll, lediglich weil er die Sache im Besitz hat.

[1]) Gänzlich abweichend Prym, S. 65 ff. (§ 8 und 9 seiner Abhandlung): Er erwähnt zwar (S. 74, Anm. 2) die Zulässigkeit der obigen Folgerung, zieht sie aber selber nicht, sondern räumt den §§ 985 ff. einen Einfluß ein auf das vorher gefundene Ergebnis: Ansprüchekonkurrenz zwischen Vertrags- und Deliktsanspruch. Diesen Einfluß beseitigt er allerdings teilweise wieder dadurch, daß er die Anwendbarkeit der §§ 823, 2 und 826 neben den Bestimmungen der §§ 985 ff. behauptet. Ob diese Annahme richtig ist, erscheint uns sehr zweifelhaft im Hinblick auf die ausdrückliche Bestimmung des § 992 (argumentum e contrario), denn dieser Paragraph spricht schlechthin von Schadenersatz wegen unerlaubter Handlung. Ebenso scheint uns auch die Fassung des § 993 gegen die Prymsche Auffassung zu sprechen.

Wählen wir ein Beispiel. Der Mieter veräußert die Mietsache. Dann überschreitet er trotz richtiger Erkenntnis seines Rechtes die ihm zustehende Besitzmacht und begeht zweifellos ein Delikt. Hält er sich dagegen in leichter Fahrlässigkeit für den Eigentümer der Sache, weil er den Mietzins für das Kaufgeld und die Übergabe zum Mietbesitz für die traditio nach § 929 hält, dann ist ein Vertrag mangels consensus überhaupt nicht zustande gekommen. Veräußert der Besitzer nun die Sache, so haftet er als gutgläubiger Besitzer dem Eigentümer nur nach § 993 auf die rechtlose Bereicherung.[1])

Dritter Hauptteil.

§ 7.

Das Ergebnis unserer bisherigen Erörterungen ist demnach kurz folgendes. Der Anspruch aus dem Vertrage konkurriert mit dem aus Delikt, wenn derselbe äußere Vorgang sich zugleich als Vertragsverletzung und als Delikt darstellt. Jedoch sind die Fälle nicht selten, in denen der Vertrag einen Einfluß auf das Tatbestandsmerkmal der Rechtswidrigkeit, welches zum Delikt erforderlich ist, ausübt. Dann ist der Tatbestand des Deliktes nur scheinbar erfüllt, in Wirklichkeit ist höchstens der Tatbestand der Vertragsverletzung verwirklicht.

[1]) Daß wir bei Nichtigkeit des Vertrages auf Grund der §§ 985 ff. oft zu unbilligen Resultaten kommen, hat Prym eingehend in den §§ 8 und 9 seiner Abhandlung nachgewiesen. Z. B. es zerstört der Mieter, welcher sich für den Eigentümer hält, grob fahrlässig die Mietsache. Ein Mietvertrag ist nicht zustande gekommen. Es greifen hier die §§ 985 ff. ein, welche die Deliktsvorschriften ausschließen. Nach den Bestimmungen der §§ 985 ff. aber tritt auch keine Haftung ein, weil der Besitzer gutgläubig im Besitze war. Ein zweifellos unbilliges Resultat, das sich nur daraus erklären läßt, daß bei der Redaktion des B.G.B. eine lex vergessen ist (vergl. Prym, S. 80 ff.).

Für die praktische Anwendung ergibt sich deshalb folgende Regel. Unterliegt ein historischer Vorgang unserer Beurteilung, welcher anscheinend Vertragsverletzung und zugleich Delikt ist, so muß erst genau geprüft werden, ob nicht das bestehende Vertragsverhältnis eine Einwirkung auf das verletzte Rechtsgut gestattete.[1]) Dann liegt mangels objektiver Rechtswidrigkeit niemals ein Delikt vor. Erst wenn wir festgestellt haben, daß der Vertrag entweder keine Einwirkung gestattete, oder daß er zwar eine solche gestattete, die stattgehabte Einwirkung aber dem Zwecke des Vertrages nicht entsprach, können wir davon sprechen, daß der Schuldner außer der Verletzung seiner Vertragspflichten auch ein Delikt gegen seinen Gläubiger begangen habe. Dann können wir ihn nach beiden Vorschriften haften lassen.

Schon in § 3 unserer Abhandlung haben wir eine ganze Reihe von Beispielen für die Frage gebracht, wie weit gegebenenfalls die Rechtswidrigkeit durch den Vertrag ausgeschlossen wird. Wir brauchen deren Zahl an dieser Stelle nur zu ergänzen. Z. B. der Verwahrer eines kostbaren Glases läßt dieses beim Wegschließen in den Geldschrank trotz Aufwendung der diligentia quam suis fallen. Er haftet, wie wir bereits feststellten, überhaupt nicht. Handelt er dagegen grob fahrlässig bei derselben Handlung, so haftet er aus Vertrag. In beiden Fällen ist der Deliktstatbestand nur scheinbar erfüllt. In Wirklichkeit fehlt die deliktische Rechtswidrigkeit, da die Handlung des Verwahrers vertragszweckentsprechend war. Nimmt der Verwahrer das Glas jedoch aus dem Geldschrank heraus, um daraus zu trinken, und läßt er es bei dieser Gelegenheit leicht fahrlässig fallen, obgleich er die diligentia quam suis aufwendete, so haftet er zwar nicht aus Vertrag, wohl aber aus Delikt.

[1]) Umgekehrt kann es auch zweifelhaft sein, ob außer dem Delikt noch der Tatbestand einer Vertragsverletzung erfüllt ist (vergl. Prym, a. a. O., § 2, Seite 18 bis 20). Eine Einwirkungsmöglichkeit des Delikts auf den Vertragstatbestand ist aber ausgeschlossen.

Denn seine Handlung — seine Einwirkung auf das fremde Eigentum — war hier durch den Zweck des Vertrages nicht gerechtfertigt, also deliktisch rechtswidrig.

Oder um ein Beispiel Sibers[1]) anzuführen: Der Verwahrer läßt die verwahrte Sache in seiner Wohnung liegen. Sie wird gestohlen. Niemals haftet er nach Delikt. Denn es gibt kein allgemeines Rechtsgebot: Verschließe fremde Sachen. Es verstößt somit sein Verhalten nicht gegen eine allgemeine Norm und ist deshalb nicht deliktisch rechtswidrig. Aus Vertrag würde der Verwahrer wegen des zur Anwendung kommenden konkreten Verschuldensmaßstabes hier nur haften, wenn er seine eigenen, ebenso wertvollen Sachen nicht unverschlossen liegen ließe.

Selbstverständlich wird es eine große Zahl von Fällen geben, bei denen im einzelnen die Feststellung große Schwierigkeiten bieten wird, ob die Einwirkung vertragszweckentsprechend war oder nicht. Es sei nur an die Frage erinnert, wie weit eine Züchtigung des Lehrjungen seitens des Lehrherren durch den Lehrvertrag gerechtfertigt wird. Aber unsere Aufgabe kann es natürlich nicht sein, durch eine Unzahl von Beispielen alle nur denkbaren Fälle zu entscheiden. Einmal würde selbst die lebhafteste Phantasie weit hinter dem vielgestaltenden Leben zurückbleiben, und weiter glauben wir unserer Aufgabe genügt zu haben, wenn wir unser Prinzip an einigen deutlichen Fällen klar zur Erscheinung gebracht haben.

Den Abschluß unserer Erörterungen mögen einige Bemerkungen über die praktische Durchführbarkeit der beiden Ansprüche bilden.

Aus dem Umstande, daß die beiden Ansprüche dasselbe rechtliche Interesse verfolgen, ergibt sich, daß der Geschädigte sie nicht nebeneinander voll zur Durchführung bringen kann. Er kann nur Ausgleich des ihm wirklich entstandenen Schadens verlangen. Gewährt also der eine Anspruch mehr als der andere, und hat der Geschädigte den kleineren An-

[1]) Passivleg., S. 233.

spruch zuerst geltend gemacht, so muß er den Überrest noch mit Hilfe des zweiten Anspruchs erlangen können.[1]) Dies ist auch unbestritten, soweit von der Wissenschaft überhaupt eine Ansprüchekonkurrenz angenommen wird.[2])

Streitig ist nur,

1. welcher Umstand die Wirkung hat, daß der zweite Anspruch nicht mehr voll, sondern nur auf das „Mehr" geltend gemacht werden kann, und

2. wie diese Wirkung sich äußert, ob ipso iure oder nur auf Vorbringen des beklagten Schädigers.

Zu 1. Allgemein wird wohl jetzt angenommen, daß nur die tatsächliche Befriedigung des einen Anspruchs jene (teil) vernichtende Wirkung ausübt. Nur Endemann scheint der Befriedigung auch das rechtskräftige Urteil gleichzustellen.[3]) Dem ist entgegenzuhalten, daß für den Gläu-

[1]) Im gemeinen Recht war dies allerdings zweifelhaft wegen der Konsumptionswirkung der litis contestatio (Erteilung der formula, Rechtshängigkeit). Eisele, a. a. O., S. 327 ff., bes. S. 344, nahm im Gegensatz zur herrschenden Meinung Konsumptionskonkurrenz an, d. h. der zweite Anspruch wurde, mochte er auch auf ein amplius gehen, konsumiert durch die Rechtshängigkeit des ersten. Auch diese Streitfrage hat ihren Grund in der Mehrdeutigkeit der Quellen.

Für uns entfällt diese Streitfrage, weil wir eine Konsumptionswirkung der Rechtshängigkeit nicht mehr kennen.

[2]) A. A. allerdings Wrzeszinski, a. a. O., S. 48. Er nimmt Konsumption des einen Anspruchs durch rechtskräftiges Urteil an. So kommt er zu verschiedener Beurteilung, je nachdem der zweite Anspruch während des Schwebens des Prozesses über den ersten Anspruch geltend gemacht wird, oder erst nach rechtskräftiger Entscheidung über den ersten Anspruch. Der Grund zu seiner Annahme ist: Die Rechtskraft steht der Geltendmachung des zweiten Anspruchs entgegen. Diese Auffassung ist aber unrichtig. Denn die Ansprüche aus Vertrag und aus Delikt haben einen ganz verschiedenen Klaggrund zur Voraussetzung (vergl. oben S. 64 unserer Erörterung). Infolgedessen kann die Rechtskraft über den einen Anspruch keine Wirkung auf den anderen Anspruch ausüben. Z. B. der Vertrag war nichtig, der klagende Geschädigte wird deshalb mit seiner Klage aus dem Vertrage abgewiesen. Nach Wrzeszinski kann er dann auch nicht mehr aus Delikt klagen.

[3]) a. a. O., S. 418, Anm. 17.

biger ein rechtskräftiges Urteil doch noch nicht die Wirkung der Befriedigung hat. Ferner aber stellt auch das Gesetz das rechtskräftige Urteil der Befriedigung nicht gleich, wie sich aus den §§ 1973, 2 (letzter Satz) und aus 1991, 3 ergibt. Diese ausdrückliche Vorschrift wäre überflüssig, wenn das Gesetz das rechtskräftige Urteil der Befriedigung in allen Fällen gleichsetzte. Daher entscheiden auch wir uns dahin, daß nur die Befriedigung des einen Anspruchs jene (teil) vernichtende Wirkung auf den anderen Anspruch ausübt.[1])

Zu 2. Hinsichtlich des zweiten Streitpunktes wird meist angenommen, daß die Befriedigung des einen Anspruchs soweit sie reicht, ohne weiteres auch den anderen Anspruch vernichte, weil soweit ein Schaden nicht mehr vorhanden sei.[2]) Dieser Auffassung schließen wir uns nicht an. Denn die Befriedigung des einen Anspruchs hat doch unmittelbar nur dessen Aufhebung zur Folge. Der andere Anspruch bleibt dagegen in seinen anspruchbegründenden Tatsachen unberührt. Deshalb kann auch der zweite Anspruch vom Gläubiger voll geltend gemacht werden. Sache des Schuldners ist es, nachzuweisen, daß der Gläubiger durch Befriedigung des ersten Anspruches zugleich auch ganz oder teilweise für den jetzt geltend gemachten Anspruch befriedigt ist, weil in Wirklichkeit nur ein Schaden entstanden ist, die schadenstiftende Handlung aber unter zwei anspruchserzeugende Tatbestände — Vertragsverletzung und Delikt — sich subsumieren ließ.[3])

---

[1]) Vergl. Langheineken, a. a. O., S. 141: „Nur ist der größere Anspruch dem Umfang nach, der kleinere Anspruch der Existenz nach durch die Realisierung des anderen Anpruchs resolutiv bedingt."

[2]) So z. B. Crome, Bürgerl. R., I, S. 533; Prym, a. a. O., S. 54.

[3]) Ebenso Last, a. a. O., S. 119, 120.

Literaturverzeichnis.

Behrend: Die Konkurrenz der Kontraktsklage mit der Deliktsklage. Dissert. Greifswald, 1900.

Biermann: Das Sachenrecht des B.G.B. 2. Aufl., 1903.

v. Blume: Vertragshaftung und Deliktshaftung. Tiergefahr und Vertragsgefahr. Das Recht, 1905, Jahrg. IX, Nr. 18.

Cohn: Erlaß und Verzcht. Beitr. zur Erläuterung des deutschen Rechts, Jahrg. 47, 1903.

Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. I (4. Aufl., 1903), Bd. II (4. Aufl., 1904).

Crome: Der Anspruch aus unerlaubter Handlung in Konkurrenz mit anderen Ansprüchen aus demselben Tatbestande. D. J. Z., 1904, Jahrg. IX, Nr. 1.

— System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. I, 1900, Bd. II, 1902.

Denkschrift zum Entwurf eines B.G.B. 1896.

Dernburg: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Bd. II, Abt. 1 (3. Aufl., 1905), Bd. II, Abt. 2 (3. Aufl., 1906), Bd. III (4. Aufl., 1908).

Detmold: Der Begriff des Schutzgesetzes in § 823 des B.G.B. Festgabe für Regelsberger, 1901.

Eisele: Zur Lehre von der Klagenkonkurrenz. Arch. f. zivil. Praxis, Bd. 79, Nr. 10, 1892, S. 327 ff.

Eltzbacher: Die Handlungsfähigkeit nach deutschem bürgerlichen Recht. Bd. I, 1903.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I, 9. Aufl., 1902.

Enneccerus-Lehmann: Das bürgerliche Recht. Bd. I, 2. Aufl., 1901.

Finger: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1904.

Fischer (Otto Christian): Die Verletzung des Gläubigerrechts als unerlaubte Handlung nach dem B.G.B. für das Deutsche Reich. 1905.

Golde: Das Verhältnis der Haftung aus unerlaubten Handlungen zur Haftung für vom Schuldner zu vertretende nachträgliche Unmöglichkeit einer Leistung. Bernhöft und Binder: Beiträge zur Auslegung des B.G.B., Heft 6, 1905.

Hellwig: Anspruch und Klagrecht. 1900.

— Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Bd. I, 1903.

— Gesetzeskonkurrenz und Tierhaftung. D. J. Z., 1906, S. 1289 ff.

Hölder: Ueber Ansprüche und Einreden. Arch. f. zivil. Praxis, Bd. 93, 1902.

Isay: Die Geschäftsführung nach dem B.G.B. für das Deutsche Reich. 1900.

Kipp (Windscheid-Kipp): Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. II, 9. Aufl., 1906.

— Das Reichsgericht und die positiven Vertragsverletzungen. D. J. Z., 1903, Jahrg. 8, Nr. 11.

Krückmann: Verschuldensabrechnung und Gefährdungsaufrechnung. — Ein Beitrag zur Lehre von der zivilrechtlichen Gesetzeskonkurrenz. — (Iherings Jahrb. f. d. Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Bd. 16 (52), 1907, S. 428 ff.

Langheineken: Anspruch und Einrede nach dem deutschen B.G.B. 1903.

Last: Anspruchskonkurrenz und Gesamtschuldverhältnis. — Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Verteidigung nach dem gemeinen, österreichischen und deutschen Recht.

Leonhard: Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts, Heft 26, 1908.

Lehmann: Die Unterlassungspflicht im bürgerlichen Recht, 1906.

v. Liszt: Die Deliktsobligationen im System des B.G.B. 1899.

— Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 14. u. 15. Aufl., 1904.

Litten: Die Ersatzpflicht des Tierhalters im Recht des B.G.B. 1905.

— Zur Abänderung des § 833 des B.G.B. D. J. Z., 1905, Nr. 7, S. 339 ff.

— Römisches Recht und Pandektenrecht in Forschung und Unterricht. 1907.

Martens: Ueber Konkurrenz und Kollision der römischen Zivilklagen. 1856.

v. Mayr: Der Bereicherungsanspruch des deutschen bürgerlichen Rechts. 1903.

Meves: Kriminalistische Bemerkungen zum B.G.B. Goltdammers Archiv für Strafrecht, Jahrg. 46, 1899, S. 81 ff.

Motive zu dem Entwurfe eines B.G.B. für das Deutsche Reich. 1888.

Neumann: Handausgabe zum B.G.B. Bd. I, 1900.

— Jahrbuch des deutschen Rechts. Jahrg. 4 (1906), Jahrg. 5 (1907).

Oertmann: Der Schadensersatzanspruch des obligatorisch Berechtigten. Berliner Festgabe für Dernburg. 1900.

— Das Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl., 1906.

— Sittenwidrige Handlungen. D. J. Z., 1903, Jahrg. 8, Nr. 14.

— Zur Frage der Haftung des Tierhalters. D. J. Z., 1904, Jahrg. 9, S. 136 ff.

Pernice: Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach römischem Rechte. 1867.

Peters: Die Klagenkonkurrenz im römischen, gemeinen und neuen bürgerlichen Rechte. 1902.

Planck: Das B.G.B. nebst Einführungsgesetz erläutert von Bd. II, 3. Aufl., 1907, Bd. III, 3. Aufl., 1906.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs eines B.G.B.

Prym: Die Konkurrenz des Anspruchs aus dem Vertrage mit dem Anspruche aus unerlaubter Handlung nach dem Rechte des B.G.B. für das Deutsche Reich. 1906.

Rehbein: Kommentar zum B.G.B. Bd. I, 1899.

v. Savigny: System des heutigen römischen Rechts. Bd. V, 1841.

Siber: Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach deutschem Reichsrecht. 1903.

— Die Passivlegitimation bei der Rei vindicatio als Beitrag zur Lehre von der Aktionenkonkurrenz. 1907.

v. Staudingers Kommentar zum B.G.B. und dem Einführungsgesetze. Bd. II, 1 (erläutert von Kuhlenbeck); Bd. II, 2 (erläutert von Kober und Engelmann), 1906.

Stipanski: Konkurrenz der Kontraktsklage mit der Deliktsklage. Dissert. Greifswald, 1901.

Stölzel: Der in der Klage erhobene Anspruch bei Klagenhäufung und bei Eventualaufrechnung. Das Recht, Jahrg. I, Nr. 16 u. 17, 1904.

Titze: Besprechung von O. Chr. Fischer: Die Verletzung des Gläubigerrechts als unerlaubte Handlung. Zeitschr. f. Handelsrecht, Bd. 57, S. 447 ff.

Traeger: Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht. 1904.

v. Vangerow: Lehrbuch der Pandekten. Bd. III, 7. Aufl., 1876.

v. Wächter: Handbuch des im Königreiche Württemberg geltenden Privatrechts. Bd. II, 1842.

— Pandekten. Bd. I, 1880.

Wendt: Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt. B.G.B. § 276. Arch. f. zivil. Praxis, Bd. 87.
Weyl: System der Verschuldensbegriffe im B.G.B. für das Deutsche Reich. 1905.
Windscheid: Die Actio des römischen Zivilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts. 1856.
— Lehrbuch des Pandektenrechts. 1891.
Wolff: Das Recht zum Besitze. Festgabe für Koch. 1903.
Wrzeszinski: Die Konkurrenz der Ansprüche nach gemeinem Recht und dem Recht des B.G.B. 1902.
Zitelmann: Das Recht des B.G.B. Allgemeiner Teil. 1900.
— Internationales Privatrecht. Bd. II, Stück 2, 1903.
— Ausschluß der Widerrechtlichkeit. Arch. f. zivil. Praxis, Bd. 99, S. 1 ff.

Zeitschriften.

Deutsche Juristen-Zeitung (D. J. Z.).
Das Recht.
Zeitschrift für Handelsrecht.
Gesetz und Recht (Zeitschrift für allgemeine Rechtskunde).

Entscheidungssammlungen.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (R.G.Z.).
Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (R.G.St.).
Entscheidungen der Oberlandesgerichte (O.L.G.). (Mugdan und Falkmann: Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts.)

Lebenslauf.

Geboren wurde ich, Ernst, Heinrich, Max Bindseil, am 28. März 1884 zu Cottbus als Sohn des früheren Staatsanwaltes, jetzigen Amtsgerichtsrates, Dr. Bernhard Bindseil und seiner Ehefrau Berta geb. Preller. Nachdem ich die Vorschulen in Cottbus und Halle a. S. besucht hatte, wurde ich Ostern 1893 in die Sexta der Lateinischen Hauptschule der Franckeschen Stiftungen aufgenommen. Am 18. März 1902 bestand ich an dieser Anstalt die Reifeprüfung.

Ich widmete mich zuerst der Seeoffizierslaufbahn, die ich aber im August 1904 wegen einer plötzlich auftretenden Krankheit aufgeben mußte. Vom Wintersemester 1904/05 bis zum Sommersemester 1907 studierte ich an der Universität Halle die Rechte, wo ich die Vorlesungen der Herren Professor Dr. v. Blume, Conrad, Graf zu Dohna, Finger, Hesse, Lastig, Litten, Loening, Rehme, Schwartz, Stammler, Stein, Uphues hörte. Allen meinen hochverehrten Lehrern fühle ich mich zu großem Danke verpflichtet. Ganz besonders danke ich an dieser Stelle Herrn Professor Dr. v. Blume und Litten. Herr Professor Dr. Litten gab mir die Anregung zu dieser Arbeit. Beide Herren haben mich bei der Bearbeitung durch viele Hinweise erheblich gefördert.

Am 2. November 1907 bestand ich das Referendarexamen beim Königl. Oberlandesgericht zu Naumburg a. S. Während der ersten neun Monate meines Vorbereitungsdienstes, die ich beim Königl. Amtsgericht zu Querfurt verbrachte, vollendete ich die vorliegende Arbeit. Am 28. September 1908 bestand ich das examen rigorosum. Seit dem 1. Oktober 1908 bin ich bei dem Königl. Landgericht zu Erfurt beschäftigt.

Thesen.

I.

Obligatorische Rechte fallen nicht unter den Begriff des „sonstigen Rechts“ in § 823 Abs. 1 BGB.

II.

Erfüllt ein historischer Vorgang den Tatbestand der Vertragsverletzung und des Delikts, so entstehen nebeneinander der Anspruch aus Vertrag und aus Delikt.

III.

Die für solche Verträge, welche ihrem Wesen nach dem Schuldner den Besitz einer Sache gewähren (Miete, Pacht, Leihe etc.), gegebenen Vorschriften bilden leges speciales zu den Vorschriften der §§ 985 ff. BGB.

IV.

Der Besitz ist kein Recht, sondern nur ein tatsächliches Verhältnis mit rechtsähnlicher Gestaltung.

V.

Die Klage aus § 771 CPO. ist eine besondere, prozeßrechtliche Feststellungsklage negativen Inhalts, abzielend auf den Ausspruch des Richters: die vorgenommene Zwangsvollstreckung sei unzulässig.

VI.

Dem Deutschen Kaiser als solchem stehen nur die ihm durch die Reichsverfassung gewährten Rechte zu.

Gebr. Wolff, Halle a. S., Leipzigerstr. 2.